

## HIPOTECA. EJECUCIÓN. "PESIFICACIÓN" DEL CRÉDITO RECLAMADO. ESFUERZO COMPARTIDO. MORA ANTERIOR A LA DECLARACIÓN DE LA EMERGENCIA. INCONSTITUCIONALIDAD. COSA JUZGADA\*

### HECHOS:

*En una ejecución hipotecaria entablada antes de que se declarase la emergencia –2002/01/06– se planteó la inconstitucionalidad del decreto 214/02 (Adla, LXII-A, 117) y normas concordantes, en cuanto disponen la conversión a pesos de los créditos en moneda extranjera ajenos al sistema financiero a razón de \$ 1 por cada dólar. El juez de primera instancia declaró inconstitucional dicha norma, ordenando adicionar a la citada paridad el 65 % de la diferencia entre ésta y el valor del dólar en el mercado libre al tiempo del pago efectivo.*

### DOCTRINA:

- 1) Es inconstitucional la conversión de los créditos en moneda extranjera ajenos al sistema financiero a razón de \$ 1 por cada dólar –“pesificación”, art. 8º, decreto 214/02 (Adla, LXII-A, 117) y normas concordantes–, dado que autoriza al deudor a pagar en una moneda distinta de la pactada y que representa un monto muy inferior al debido, consagrando un claro y definitivo cercenamiento del derecho de propiedad por desproporción e irrazonabilidad, sin que el Coeficiente de Estabilización de Referencia –art. 4º, decreto citado– pueda mitigar adecuadamente tal desajuste.*

\*Publicado en *La Ley* del 05/08/2002, fallo 104.163.

- 2) *La facultad del Congreso para fijar el valor de la moneda –art. 75, inc. 11, Constitución Nacional– no puede justificar que se violenten el principio de autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos –en el caso, mediante la conversión a pesos de un crédito hipotecario en dólares según la paridad fijada en el art. 8º, decreto 214/02 (Adla, LXII-A, 117) y concordantes, “pesificación”–, pues ello conduce a avasallar el derecho de propiedad alterando en forma definitiva la sustancia de las relaciones contractuales.*
- 3) *Incurrir en conducta abusiva y contraria a la buena fe el acreedor hipotecario que, pese a la notable modificación de la paridad cambiaria, pretende el estricto cumplimiento del contrato, pues ello colocaría al deudor en situación ruinosa, con posibilidad de que la deuda se torne imposible de cumplir, debiendo restablecerse la equivalencia de las prestaciones en pos del esfuerzo compartido, por elementales razones de equidad y solidaridad.*
- 4) *A los fines de restablecer el equilibrio de las prestaciones según el principio de esfuerzo compartido –art. 11, ley 25561 (Adla, LXII-A, 44)–, la mora del deudor hipotecario con anterioridad a la declaración de emergencia económica –2002/01/06– le impide reclamar una distribución igualitaria de las consecuencias negativas de la crisis –en el caso, se resolvió sumar a la paridad peso-dólar del decreto 214/02 (Adla, LXII-A, 117), “pesificación”, el 65 % de la diferencia entre ésta y el valor de mercado del dólar a la fecha de pago–, debiendo absorberlas en mayor proporción que el acreedor.*
- 5) *La existencia de cosa juzgada –en el caso, sentencia firme que mandó proseguir la ejecución de un crédito hipotecario en dólares– no impide la revisión de lo resuelto –conversión de dicho crédito a pesos, adicionando a la paridad peso-dólar el 65 % de la diferencia entre ésta y el valor del dólar libre a la fecha de pago–, si se ha producido una evidente modificación de las circunstancias que dieron lugar al fallo –derogación de dicha paridad y amplia depreciación del signo nacional respecto del extranjero–, habiéndose tornado irrazonable o inequitativa la solución adoptada.*

JNCiv. Nº 59, 2002/07/19. Autos: “Martínez Castro, Marcelino I. y otro c. Establecimiento Tala Viejo S. A.”

1ª Instancia. – Buenos Aires, julio 19 de 2002.

*Considerando:* Persiguen los ejecutantes la declaración de inconstitucionalidad del dec. 214/02, en cuanto dispone la llamada pesificación de las deudas en moneda extranjera.

A título introductorio, vale resaltar que la ley 25561 que declaró la emergencia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, como así también, el citado dec. 214/2002 y las correspondientes Resoluciones del Ministerio de Economía y Comunicaciones del Banco Central de la República Ar-

gentina modificaron el sistema de convertibilidad monetaria que regía en el país para imponer lo que se ha denominado "pesificación" (conf. Francisco Junyent Bas: "En busca de la coherencia perdida, el sistema monetario y el régimen de las obligaciones", *La Ley*, 08/05/2002, pág. 2).

Tocante a esta cuestión, cabe citar en primer término al art. 11 de la ley mencionada que, ubicado en el capítulo denominado "De las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero" dispone: "Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (u\$s 1), en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente; 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el art. 2º de la presente ley, durante un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del art. 1198 del Cód. Civil y el principio del esfuerzo compartido".

Por su parte, el art. 1º del dec. 214/2002 (B. O. 4/02/2002) establece que: "A partir de la fecha del presente dec. quedan transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier naturaleza u origen –judiciales o extrajudiciales– expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25561 y que no se encontrasen ya convertidas a pesos".

Y el art. 8º prescribe: "Las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (u\$s 1) = un peso (\$ 1), aplicándose a ellas lo dispuesto en el art. 4º del presente dec. Si por aplicación de esta disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento del pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En el caso de obligaciones de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, este reajuste podrá ser solicitado anualmente, excepto que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de los valores resultare

notoriamente desproporcionada. De no mediar acuerdo a este respecto, la justicia decidirá sobre el particular. Este procedimiento no podrá ser requerido por la parte que se hallare en mora y ésta le resultare imputable. Los jueces llamados a entender en los conflictos que pudieran suscitarse por tales motivos deberán arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes”.

A estas disposiciones le sucedieron otras, como los decretos 320 y 762/2002, que no viene al caso describir por no tener aplicación en el supuesto de autos, a las que se suman las resoluciones de aplicación que cambian todos los días, todo lo cual conforma un plexo normativo plagado de imperfecciones y modificaciones, cuando no derogaciones, como bien lo advierte la doctrina, que ha calificado este cuadro como una verdadera “maraña” de disposiciones, para colmo de aplicación obligatoria (el consabido “orden público”), que ya claman por un “texto ordenado” (ver Gastaldi, José María, “Los contratos de locación y de compraventa frente a la aplicación de las nuevas reformas”, *Revista del Derecho Privado*, julio 2002).

En esta línea, con desaconsejable técnica legislativa, el dec. 214/2002, dispone la derogación de todas las normas que se le oponen, método que es posible de las mismas severas críticas que la doctrina ha propinado al sistema de las derogaciones tácitas, porque ello lejos de esclarecer profundiza la confusión, y obliga al intérprete a bucear en el conjunto de normas, para establecer qué es lo que se ha querido derogar (en este sentido, Gastaldi, José María, ob. cit.).

No obstante la apuntada deficiencia, entiendo que el dec. 214/2002 deroga el citado art. 11 de la ley 25561, porque a mi modo de ver configura una regulación autónoma de los contratos como los involucrados en el caso *sub examine*, donde se introducen sustanciales modificaciones al sistema de composición o reajuste para las obligaciones pesificadas no vinculadas al sistema financiero, que parece suplantar el esquema anterior, implementado por la norma que reputo derogada.

De la comparación de los textos legales implicados, se extrae que las soluciones que proponen no son armonizables y deberá prevalecer la primera norma mencionada en el párrafo anterior, atento la derogación indiscriminada establecida en su art. 17 (conf. Borda, Alejandro, “Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares”, *JA*, 2002-II, fascículo N° 2, doctrina, 10/4/02, pág. 10).

Aclarado ello, vale destacar ahora que el principio de la supremacía de la Constitución que domina entre nosotros y constituye un pilar fundamental del estado de derecho, importa una noción que se orienta a erigir a la Constitución formal en la ley fundamental, que obliga a que todos los actos y normas privados o estatales se sujeten a ella.

Tal doctrina tendría pocas o nulas chances de sobrevivir, fuera de un sistema garantista, que propicie el más vigoroso y amplio control de constitucionalidad a cargo del poder judicial, única manera de defender a la Constitución de extralimitaciones o ataques.

En esta senda, se enfatiza que es elemento de nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.

Tal control de constitucionalidad alcanza a la razonabilidad de normas y de actos, o sea, a la verificación de la proporción entre el fin querido y la medida adoptada para lograrlo. La razonabilidad es lo opuesto a lo arbitrario, y mediante el control de razonabilidad el poder judicial penetra necesariamente muchas veces en la ponderación de los criterios y medios de que se valen los órganos del poder al ejercer sus competencias –sin que le sea permitido entrar a juzgar sobre la oportunidad o conveniencia de la medida (conf. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. I, pág. 268).

En el desarrollo de esta alta misión, es dable ponderar que en la dinámica constitucional aparecen numerosas situaciones de excepción, distintas de la normalidad que regula la constitución formal de modo habitual y permanente. Se trata de las emergencias, que son situaciones anormales o casos críticos que, previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales.

Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la Constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del “estado de necesidad” (ver ob. y aut. cit., t. II, pág. 349).

Existe consenso en señalar que el estado de emergencia constituye una especie del género estado de necesidad, situación que la doctrina se encarga de diferenciar de la simple necesidad.

El estado de necesidad importa una situación de hecho conforme la cual se encuentra realmente comprometida la subsistencia misma del Estado y su régimen político, o que linda con un insoslayable riesgo de caos social, mientras que la simple necesidad implica una situación en la que resulta útil y hasta urgente hacer algo, pero la realización de ese algo no involucra la continuidad de la Nación o de la comunidad nacional. Su omisión podrá causar sensibles perjuicios, mas no afecta la existencia de la República o del Pueblo (conf. Sagüés, Néstor Pedro: “Derecho Constitucional y derecho de emergencia” –*La Ley*, 1990-D, 1036–).

La doctrina denominada “derecho de emergencia, gira en torno a cuatro elementos fundamentales: a) situación que exige una rápida respuesta estatal, b) acto necesario para enfrentarla, c) sujeto necesitado –Estado–, y d) derecho de necesidad que atienda la problemática de la situación descripta (conf. Sa-

güés, Néstor Pedro: “Derecho Constitucional y derecho de emergencia” –*La Ley*, 1990-D, 636).

En el caso “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y B. C. R. A.”, del 27 de diciembre de 1990 –*La Ley*, 1991-C, 158; LLC, 1991-666; *DJ*, 1991-2-218–, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional.

Pues bien, ninguna duda cabe de que el país atraviesa una situación de crisis económica, que habilita al gobierno a dictar las leyes o actos que estime necesarios para superar esa situación excepcional, con tal que no desconozca las garantías o restricciones que establece la Constitución.

En este orden, vale destacar que la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (CS, *in re*: “Smith, Carlos Antonio c. Poder Ejecutivo Nacional o Estado nacional s/ sumarísimo” –*La Ley*, 2002-A, 770; *La Ley*, 2002/04/19, Supl. Const., pág. 2, fallo 103.612; *DJ*, 2002-1-297; *DT*, 2002-A-288–).

Es preciso replantear que las situaciones de emergencia no justifican arrasar con los derechos constitucionales so pretexto de que perteneciendo al Poder Legislativo y Ejecutivo el criterio de mérito, oportunidad y conveniencia, la razonabilidad de las medidas adoptadas queda automática o dogmáticamente acreditada. Hoy la vigencia del Estado Constitucional de Derecho demuestra que la justicia constitucional se centra en un estricto control de razonabilidad (conf. Cayuso, Susana, “Acción de amparo e inconstitucionalidad de los decretos 214 y 320/2002”, –*La Ley*, 2002-B, 807–).

Para determinar si las normas que disponen la llamada pesificación respetan los parámetros de razonabilidad delineados, cabe hacer algunas disquisiciones liminares en torno al derecho de propiedad, que es el que está principalmente en juego en supuestos como los aquí involucrados.

Conforme a la reiterada jurisprudencia del más Alto Tribunal, el concepto constitucional de propiedad resulta comprensible de todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad. Por lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o aprecia-

bles en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.

En nuestro medio, el art. 17 de la Constitución Nacional consagra su inviolabilidad, el art. 14 alude al derecho que toda persona tiene de usar y disponer de su propiedad y el art. 29 veda al Congreso y a las Legislaturas Provinciales la posibilidad de conceder facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quede a merced de gobierno alguno o persona alguna.

Del mismo modo, esa preocupación por proteger la propiedad privada queda de manifiesto en distintos documentos internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece que: "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad (art. 17). Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley..." Los tratados mencionados tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

La protección que la Constitución y los Tratados Internacionales deparan a la propiedad se hace sentir sobre todo aquello que tiene un valor. Es la inalterabilidad de ese valor, y no la posesión o disposición de los bienes (que cede ante la causa pública o el bien común), lo que integra el núcleo duro e irreductible del derecho de propiedad en nuestro sistema constitucional. Pues por causa pública puede privarse al titular de la propiedad de la cosa, mediante expropiación, o de su uso, por ocupación, o requisición. Por lo que podemos afirmar que la garantía de propiedad constitucional no es otra cosa, en última instancia, que la preservación de un estado patrimonial respecto de las personas afectadas. No en cuanto a la composición del mismo, sino respecto de la apreciación económica que tenga (conf. Carranza Torres, Luis R., "La garantía de la propiedad en el derecho constitucional argentino", *ED*, 21/2/2002, pág. 1).

El principio que dimana del citado art. 17 de nuestra Carta Magna, en los casos de desapoderamiento de bienes, se satisface restituyendo al propietario del caso el mismo valor económico del que se vio privado. Allí descansa lo medular de la protección jurídica que se concede al dueño de cosas o bienes. Mantenerlo en plenitud del valor que posee el bien, cuando es privado del mismo con base en el interés público (trab. y aut. recién cit.).

Ello así, es indudable que la conversión de lo adeudado en moneda extranjera a razón de \$ 1 por cada dólar estadounidense que dispone el dec. 214/2002, constituye un claro y definitivo cercenamiento del derecho de propiedad, porque se autoriza devolver al deudor, en una moneda diferente, un monto que representa un valor muy inferior al debido, para lo cual basta con remitirse a la cotización del dólar en el mercado libre, que supera con amplitud la relación de cambio fijada por la norma cuestionada. En este sentido, de-

be destacarse que el Coeficiente de Estabilización de Referencia previsto en el art. 4º se muestra en el caso en concreto como impotente para mitigar de modo adecuado el desajuste provocado por la “pesificación” de la deuda.

Se produce una conversión coercitiva substancial del negocio jurídico. El deudor puede lograr su liberación pagando en una moneda que no es equivalente a la que daba contenido a la deuda en lo que concierne a su poder de adquisición. Paga con una moneda devaluada que, por ende, carece de tal poder en la medida que su tipo de cambio esté determinado por debajo de la paridad inicial, lo que ocurrió desde el inicio y acontecerá ahora al quedar librada a las variaciones del mercado, afectada dicha moneda por no estar sostenida por una situación económica adecuada (Rivas, Mallo, “Notas con motivo del dec. 214/2002”, public. en diario *ED*, 5/4/2002, pág. 5).

Está fuera de discusión la facultad que tiene el Congreso para fijar el valor de la moneda e introducir modificaciones en el mercado de cambios (art. 75, inc. 11, de la Constitución Nacional) o, aunque tal vez ya no con ese carácter indiscutible, para delegar en el Poder Ejecutivo esa facultad en tiempos de crisis como la que acucia ahora al país (art. 2º ley 25561), pero es inadmisibles que por esa vía se violente de modo perjudicial el principio de la autonomía de la voluntad y su consecuencia, la fuerza obligatoria de los contratos (art. 1197, Cód. Civil), hasta avasallar el derecho de propiedad de los particulares mediante la consagración de una alteración definitiva de su sustancia.

Una disposición semejante, que como el citado decreto, sin limitación temporal alguna, provoque un menoscabo patrimonial irreversible en el acreedor, constituye una medida desproporcionada e irrazonable, por lo que es inconstitucional y no merece el amparo del órgano judicial aunque sea dictada en tiempos de grave crisis.

Decidido ello, la pregunta que cabe formular ahora es si frente al drástico cambio de las circunstancias que imperaban al momento de celebrar el contrato, generado por la fenomenal depreciación de nuestra moneda, resulta equitativo y ajustado a derecho exigir al deudor el deber de respetar a ultranza lo convenido, al punto de constreñirlo a devolver la exacta cantidad debida en la moneda de denominación de la obligación.

Una muestra elocuente de lo que se ha calificado como línea dura se observó en el derecho contractual inglés, donde durante muchos años se consideró que el hombre estaba estrictamente obligado por su contrato y que debían asumir las consecuencias de estar en la imposibilidad de cumplir su obligación, ante el cambio de circunstancias, a falta de una limitación expresa contractual de su responsabilidad.

El principio fundamental de índole convencional en ese país era que el contratante estaba estrictamente obligado por lo asumido y que, a falta de una exoneración o limitación de su responsabilidad contractual, debía tomar a su cargo las consecuencias de la imposibilidad de cumplir, frente al cambio de circunstancias o a las que pudieran haber sobrevenido con posterioridad al contrato (ver Chitty, *On Contracts*, 25ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1983, vol. I, *General Principle, Discharge by frustration*, Chapter 23, N° 1521, pág.



830. *The former rule as to "absolute" contracts*, cit. por Ray, José Domingo, *Frustración del contrato*, págs. 37/8).

La decisión clásica en esta línea de pensamiento, de la que da debida cuenta nuestra más autorizada doctrina en materia contractual, fue la dictada en el año 1647 en el caso "Paradine v. Jane". Pero este principio de la responsabilidad contractual estricta y absoluta del derecho inglés fue reputado injusto y por ello se comenzaron a esbozar soluciones tendientes a morigerar la dureza de aquella regla. El caso "Taylor v. Caldwell", fallado en el año 1863, es probablemente el que marca el comienzo de esta nueva tendencia. En tal precedente se dejó sentado que la regla sacrosanta del cumplimiento estricto de los contratos sólo se aplicaba a las obligaciones de carácter positivo y absoluto, pero no cuando estaban sujetas a una condición expresa o implícita.

A este precedente le sucedieron otros, que fueron perfilando la llamada "teoría de la frustración del contrato", delineada ya con marcada nitidez en una serie de juicios conocidos como los *coronation cases* porque se plantearon con motivo de la coronación que debía tener lugar en junio de 1902 y que se suspendió por enfermedad del hijo de la Reina Victoria, que ascendió al trono con el nombre de Eduardo VII (ver Ray, José Domingo, ob. cit., pág. 48).

La frustración del contrato se reputa configurada cuando, por circunstancias sobrevinientes y sin culpa de ninguna de las partes, se produce un cambio en la naturaleza de las obligaciones, transformándose en algo fundamentalmente distinto de lo que se tuvo en miras al contratar, es decir, que se convierte el contrato en algo diferente de lo convenido.

Si bien el efecto es la extinción del contrato, vale destacar que la teoría tuvo un desarrollo tal que terminó por aplicarse a casos donde no mediaba una absoluta imposibilidad de cumplir, arribándose a la tesis de que la frustración del contrato se configura cuando se desnaturalizan las obligaciones de las partes, por ejemplo, por desaparición del sentido funcional de tipo comercial de la operación, por causas sobrevinientes no atribuibles a ninguna de las partes.

En el *common law* se consideraba que el contrato, al declararse frustrado, quedaba resuelto para el futuro pero, como había sido válido hasta ese momento en que se configuraba la frustración, el tribunal no estaba autorizado para recomponer las relaciones económicas.

Esa regla fue dejada de lado en el caso "Fibrosa", que tuvo fundamental importancia porque su decisión coincidió con la sanción de una ley del Parlamento en el año 1943, donde se faculta al tribunal a recomponer las relaciones económicas entre las partes en algunos casos de frustración (conf. Ray, José Domingo, ob. cit., pág. 72).

Entre las teorías que se han esgrimido para dar fundamento a la solución, cabe mencionar la tesis de los términos implícitos, sustentada en la doctrina alemana, especialmente por Windscheid y Oertmann, la teoría de la solución justa y razonable, del cambio de la obligación o, en fin, la de las bases del negocio jurídico, propulsada por Karl Larenz, que ha concitado la adhesión de un importante sector de nuestra doctrina.

En todas esas posiciones campea la misma idea, esto es, supeditar el prin-

cipio *pacta sunt servanda*, que impone cumplir lo estipulado, a la cláusula *rebus sic stantibus*, o sea, a que las cosas permanezcan de igual modo.

Nuestro ordenamiento civil consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos en el art. 1197, que reconoce como fuente el art. 1134 del Cód. Civil francés, donde se establece que “las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley entre quienes las han hecho...”

En el precepto jurídico indicado no se establece una asimilación absoluta del contrato a la ley, pero se deja claro que aquél, en la medida en que se celebre voluntariamente, con los requisitos y dentro de los límites legales, obligará a los contratantes y tendrá que cumplirse por éstos “como” si fuera la ley (conf. Gastaldi, José María, *Contratos*, v. 1, pág. 120).

En otros términos, la expresión de que las convenciones “forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” es una metáfora o figura retórica empleada por el codificador, que tiene su origen en Domat, y se limita a expresar la equiparación en cuanto a su obligatoriedad que tienen los contratos y la ley, sin pretender referirse a la naturaleza de las disposiciones contractuales (ver Belluscio-Zannoni, *Cód. Civil, Comentado, Anotado y Concordado*, t. 5, pág. 890).

Mas, como sucede en general en el derecho contractual continental, especialmente en el derivado de la legislación francesa, en nuestro sistema, este principio no es, ni fue nunca absoluto, porque el obligado no responde de su incumplimiento, cuando se debe a caso fortuito o fuerza mayor.

El vigor de esa regla también está sujeto entre nosotros a limitaciones generales, como las que provienen del orden público, la moral y las buenas costumbres, y particulares, establecidas a través de institutos tales como la lesión (art. 954), el abuso del derecho (art. 1071, última parte) y la teoría de la imprevisión (art. 1198), incorporadas en la reforma efectuada por la ley 17711. Este último instituto se emplaza con claridad en la tendencia de modificar el principio del cumplimiento estricto y literal de las obligaciones cuando las circunstancias fundamentales se han modificado.

Junto a ello, la buena fe, que es un verdadero trasfondo del derecho, un principio básico del mismo, que debe admitirse y reconocerse como supuesto de todo el ordenamiento jurídico. Está por encima de las pautas interpretativas que consagran los arts. 217 y 218 del Cód. de Comercio, campea en todo el Cód. Civil –aun antes de haber sido mencionada expresamente en el art. 1198–, indicando no sólo un camino para el intérprete, sino también para quien celebra o ejecuta un contrato, como también para cualquier otra situación obligacional y, más aún, para cualquier situación jurídica (ver Gastaldi, José María, *Contratos*, v. II, págs. 108/9).

Como se ha dicho, la idea de buena fe impregna a todo el Cód. Civil: en el matrimonio, en la posesión, en materia hereditaria y, por cierto, en el contrato, del cual, además, es pauta interpretativa. Posee una muy alta jerarquía, donde el derecho se identifica con la moral (conf. Salerno, Marcelo Urbano, “La imprevisible alteración del contrato a causa del fenómeno monetario” –*La Ley*, 2002-A, 1317–).

De las indicadas limitaciones particulares, de entrada cabe descartar la aplicación de la figura de la lesión, porque ella rige cuando la desproporción exagerada e injustificable de las prestaciones se verifica en la celebración, puesto que de lo que se trata es de apreciar si existió una falla en el origen del acto, que es un rasgo característico de la nulidad (ver Llambías, Jorge Joaquín, *Cód. Civil Anotado*, t. II-B, pág. 108).

Asimismo, un adecuado enfoque técnico del asunto impide utilizar el instituto de la imprevisión, desde que ninguna de las partes ha pedido concretamente la revisión del contrato o alguno de los derechos que esa figura concede.

Queda en pie, entonces, el instituto del abuso del derecho, que puede ser aplicado de oficio, pues siendo éste un "standard jurídico" o idea fuerza que mueve a la moralización de las relaciones jurídicas, domina toda la dogmática legislativa y no debe detenerse ante el principio nominalista que rige en las obligaciones de dinero conforme al art. 619 del Cód. Civil (ver Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, pág. 156).

Pese a que existen opiniones contrarias, los términos en que está concebido el art. 1071 del Cód. Civil indican la adhesión al criterio objetivo –por oposición al subjetivo–, pero con una doble directiva: la primera se relaciona con la índole del derecho que se ejerce, contrariando el objeto de su institución, su espíritu y su finalidad, cuando se contrarían los fines de su reconocimiento (se sigue en este aspecto a Josserand, Luis, *De l'esprit des droits*, 2ª ed., París, 1939, págs. 349 y ss., Núms. 291 y ss., y a Porcherot, E., *De l'abus du droit*, Dijon, 1901, pág. 124, citados por Llambías, Jorge J., "Ley 17711: Reforma del Cód. Civil", *JA*, del 5/8/68, pág. 27). La segunda es más amplia, pues subordina el ejercicio del derecho al orden moral (con lo cual se sigue la opinión de Savatier, René, *Des effects et de la sanction du devoir moral*, París, 1916, págs. 23 y ss. y de Goldschmidt, "La teoría del abuso del derecho y el anteproyecto brasileño de un Cód. de las Obligaciones", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, julio-agosto 1942, págs. 350 y 376, de acuerdo con Llambías, ob. cit. párr. anterior, págs. 27 y 28).

Coherente con ello, es posible afirmar que cuando el titular de una prerrogativa jurídica actúa de tal forma que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o a los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa y causa daños a terceros, incurre en abuso del derecho.

Ha explicado Josserand –primero que la sistematizó–, que la teoría del abuso del derecho nació como una reacción contra el liberalismo individualista. Dice que cuando el legislador nos confiere una prerrogativa, no es para que hagamos de ella cualquier uso, ya que aquél ha tenido en vista un objetivo determinado. Toda institución –sigue diciendo– tiene un destino que constituye su razón de ser y contra la cual no es lícito levantarse. Cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente. De esta manera se ha impuesto una

concepción más social del derecho (ver Josserand, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'abus des droits*, 2ª ed., París, 1939, cit. en Belluscio-Zannoni: *Cód. Civil Comentado, Anotado y Concordado*, t. 5, pág. 53).

Ello así, una pretensión que, como la de la parte ejecutante, persiga el estricto cumplimiento de las obligaciones asumidas, sin sopesar siquiera mínimamente las derivaciones de la crisis, es abusiva y contraria a la buena fe. Tan injusta, como la solución que deriva de aplicar la legislación que en la presente se reputa inconstitucional, porque imponer al deudor la obligación de devolver en la moneda de origen la totalidad de lo adeudado implica hacer revertir fatalmente la situación en su exclusivo perjuicio, ya que con ese alcance se le haría soportar el dramático cambio de las bases que existían al momento de contratar, cuando regía la convertibilidad del 1 a 1 –un dólar = un peso– (arts. 1º sgtes. y ctes. de la ley 23928 y arts. 1º a 3º dec. 2128/1991).

Tal temperamento sólo encuentra posibilidades de desarrollo en un sistema como el inglés, en sus comienzos, dominado por la hoy abandonada idea del cumplimiento riguroso a la que se hiciera referencia más arriba, pero no encuentra cabida en ningún tramo de la evolución de nuestro régimen, que siempre adhirió a la tendencia opuesta, más realista y humana, que cuando principios de orden superior lo reclaman, pone coto a la regla de la fuerza obligatoria de los contratos, mucho más ahora, luego de que la ley 17711 incorporara los mencionados límites particulares.

Ello colocaría al deudor en una situación ruinosa dentro del contexto negocial, que es probable habrá de transformar la obligación en una de imposible cumplimiento. Elementales razones de equidad y solidaridad demandan un esfuerzo compartido, que restablezca una cierta equivalencia de las prestaciones, luego del aludido cambio de las circunstancias operado por la crítica situación que atraviesa el país.

No obsta a ello el hecho de que la ejecutada se encuentre en mora, porque también los derechos conferidos al acreedor por los arts. 508, 513 y concordantes del Cód. Civil deben ser ejercidos en forma regular, desde que no están marginados del abuso y de los principios atinentes a la buena fe. De ahí que con razón, se ha calificado de abusiva la conducta del acreedor que, como ocurre en la especie, pretende obtener del deudor moroso la contraprestación en términos que resulten excesivamente oneroso para éste (ver Llambías-Alterini, *Cód. Civil anotado*, t. III-A, pág. 160).

“En esta línea, se ha decidido que el art. 1071 del Cód. Civil no excluye de su ámbito de aplicación el *actio judicati*, y los derechos subjetivos susceptibles de ser ejercidos abusivamente son todos, sin que norma alguna excluya aquellos que han sido objeto de reconocimiento jurisdiccional” (TSCórdoba, Sala Civ. y Com., “Ruiz, Daniel y otro”, 13/04/1999, –*La Ley*, 1999-E, 690–).

“El instituto de la cosa juzgada es revisable si ha habido –como dice Guasp– una evidente modificación a las circunstancias que dieron origen al fallo, esto es, cuando hubo una patente mutación de las sustancias fácticas en las que se basa el pronunciamiento” (Guasp: “Los límites temporales de la cosa juzgada”,

*Anuario de Derecho Civil*, págs. 435/72, Madrid, cit. Hitters, Juan Carlos, "Revisión de la cosa juzgada, su estado actual", –*La Ley*, 1999-F, 997–).

"Siguiendo este derrotero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se apartó de la sacralidad de la cosa juzgada, entre otros, en los casos 'Sequeiros' y 'Delpech' (*JA*, 1994-A-397 y *JA*, 1996-1-44), a raíz de las distorsiones producidas por la desvalorización monetaria y las altas tasas de interés. La aplicación de las pautas liquidatorias ponían en evidencia la irrazonabilidad o inequidad de lo resuelto en sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada" (conf. Ibarlucía, Emilio A., "Nulidad de la cosa juzgada írrita, aplicación de la teoría del abuso del derecho y de los principios constitucionales", nota al fallo del TS Córdoba citado –*La Ley*, 1999-E, 693–).

"De ahí que la existencia de la sentencia firme a la que aluden los ejecutantes no pueda erigirse en valladar efectivo para adoptar una solución como la propiciada, que busca afianzar el valor justicia, principio liminar de nuestra Constitución, y emplazar la decisión en un marco de respeto y efectivo acatamiento a los principios que gobiernan el ejercicio regular de los derechos".

En el caso está involucrado un contrato de mutuo de dinero en moneda extranjera garantizado con un derecho real de hipoteca que, entre otros caracteres, presenta el de ser unilateral, pues de conformidad con los arts. 1141, 1142 y 2242 del Cód. Civil, el mutuante con la entrega de la cosa perfecciona el contrato y no tiene obligaciones por cumplir, quedando sólo prestaciones a cargo del mutuario, concretamente, la de restituir, en el tiempo convenido, una cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad, además de los intereses, por tratarse de la especie onerosa (ver Gastaldi-Centanaro, *Contratos aleatorios y reales*, págs. 205 y 209).

En este tipo de relaciones contractuales, y para los casos que no medie mora del deudor, encontrándose en juego una prestación que consiste en la entrega de dólares, cuyo valor es de público y notorio, se ha propuesto partir de una distribución igualitaria de las negativas consecuencias de la pérdida del poder adquisitivo de nuestro signo monetario en relación con la moneda norteamericana (ver Fleitas Ortiz de Rozas, Federico, "Las ejecuciones hipotecarias en dólares y la nueva legislación", *El Derecho* del 14/3/2002 - supl., pág. 1).

Ahora bien, cuando como en el caso, la mora del deudor es anterior a la emergencia, parece de toda justicia imponer que el deudor absorba una dosis mayor de las consecuencias negativas de la crisis. Por lo tanto, teniendo en cuenta el lapso transcurrido desde la constitución en mora, considero que la suma que exceda el valor del dólar estadounidense, según su cotización en el mercado libre de cambios, de la paridad vigente a la hora de contratar (uno a uno), deberá ser absorbida por la ejecutada en un 65 %, y en el 35 % restante por los ejecutantes.

Por lo expuesto resuelvo: dejar sin efecto la primera parte del auto de fs. 138 y declarar la inconstitucionalidad del dec. 214/2002, y de las normas ampliatorias y complementarias, estableciendo que el deudor deberá devolver el capital adeudado, computado a razón de un peso por cada dólar, más el 65 % del valor del dólar que, según su cotización del tipo vendedor en el mercado

libre de cambios a la fecha del efectivo pago, exceda de la indicada paridad. En atención a la forma como se decide y a la índole de la cuestión resuelta, las costas se imponen en el orden causado. — *Daniel F. Fognini*.