

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2013.-

Autos y vistos:

I.- Contra la sentencia interlocutoria de f. 201, que deniega el pedido de inconstitucionalidad de la normativa (comunicaciones del BCRA) que rige el mercado cambiario y deja sin efecto la conversión de los fondos depositados en pesos a dólares estadounidenses, interpone recurso de apelación la parte actora.

La crítica, obrante a fs. 212/214, sostiene que la decisión no se encuentra adecuadamente fundada al haber omitido el tratamiento de todos los argumentos esgrimidos y no ser la derivación razonada del derecho vigente. Explicita que el daño concreto y específico que le provoca el interlocutorio se sustenta en la afectación de la cosa juzgada que emana del decisorio que se ejecuta. Refiere que las comunicaciones del BCRA., que son todas posteriores y modifican artículos del Código Civil que amparan la legalidad del acto jurídico celebrado, no han sido derogadas y que el crédito que emana de las presentes actuaciones pasó a integrar su patrimonio. Hace referencia el efecto retroactivo con que operarían las normas impugnadas respecto de la sentencia y que no se trata de un caso de atesoramiento de divisas, sino de recuperar la moneda que dio en préstamo. Finalmente, cuestiona que nuestro país se halle ante una situación de emergencia.

Los agravios fueron respondidos por el BCRA a fs. 220/225. La autoridad monetaria postuló la deserción del recurso por ausencia de los mismos. Subsidiariamente, explicó que -como fue sostenido en la instancia de grado- no se efectúa un pormenorizado análisis de las comunicaciones "A". Rebate la interpretación que se hace de los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, ya que -más allá de lo que se contrate- el ciudadano pasa a ser un administrado cuando las normas citadas se proyectan al ámbito del derecho administrativo. Se postula entonces que en ese campo la moneda extranjera deviene un recurso imprescindible para la política económica y por ello quien pretenda adquirir la misma debe cumplir con las condiciones fijadas en las "comunicaciones" atacadas. Dichas estipulaciones, se afirma, no afectan la autonomía de la voluntad de las partes, pues si alguien decidió endeudarse en dólares debió representarse que no podría adquirir dicha moneda en el mercado regulado por el BCRA. Agrega que el control sobre esta clase de decisiones se encuentra en la órbita de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; de manera que su acierto o conveniencia es ajena al control de constitucionalidad.

A fs. 232/233 se expide el Sr. Fiscal General dictaminando que corresponde confirmar la resolución en estudio.

II.- En el caso de marras se trata de un reconocimiento de deuda suscripto en noviembre de 2009 por la suma de U\$S 16.997, que condujo al dictado de la sentencia de f. 101 (del 12-6-2012) que condena a la ejecutada a cancelar el crédito en la moneda reclamada.

El recurrente cuestiona la constitucionalidad de las comunicaciones "A" 5318, "A" 5330 y "A" 5339; en atención a que en base a ellas se ve impedido por la autoridad monetaria de adquirir los dólares estadounidenses para percibir su crédito. Alega que las mentadas comunicaciones son contrarias a los arts. 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, al artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 1, 2, 7 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y a lo normado por los arts. 617 y 619 del Código Civil.

El sustento teórico sobre el que se asienta el control de constitucionalidad difuso no abrevia de mayores complicaciones; al menos no son diversas a aquellas que usualmente se utilizan para la aplicación de normas jurídicas. Así fue razonado por Hamilton en "El Federalista" (Hamilton, Jay and Madison, The Federalist, on the new constitution, Vol. II, N° LXXVIII, titulado: A view of the constitution of the judicial department, in relation to the tenure of good behaviour, New York, Published by Williams & Whiting, 1788, p.232 -El Federalista, en la nueva constitución, Una mirada de la constitución del departamento judicial, en relación a la buena conducta-) destacándose que la función de todos es la de interpretar la ley para aplicarla a casos concretos. Una de las directivas más obvias de esa interpretación es aquella según la cual, cuando dos disposiciones legislativas se encuentran en contradicción, el juez debe aplicar la prevalente. Tratándose de dos normas de igual rango, la prevalente será indicada con el usual criterio que indica que "lex posterior derogat legi priori"; "lex specialis derogat legi generali", etcétera. Las mismas pautas deben aplicarse en el control de constitucionalidad, teniendo en cuenta que "lex superior derogat legi inferiori", dado que se trata de disposiciones de distinta fuerza normativa (Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 60 -El control judicial de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado-).

La referida línea de pensamiento fue recogida por Marshall para fundar definitivamente el control difuso de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial. El eminente jurista se preguntó si era posible que la Constitución fuera modificada por una ley emanada del Congreso o si aquella debía prevalecer sobre los actos legislativos sin que, frente a tal interrogante, pudiera existir una posibilidad o camino intermedio. Ante esa disquisición estableció claramente la primacía de una Constitución rígida que no podía ser modificada por las normas dictadas por el Poder Legislativo (5 U.S. 137 (Cranch), William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, February Term, 1803); de manera que constituía un deber para los jueces no aplicar ese tipo de normas.

Para habilitar la declaración de inconstitucionalidad sólo será necesario que exista una pretensión que reclame una prestación determinada, que exista una norma que impida lo reclamado y que ésta sea contraria a otra de jerarquía superior. Todo ello en el marco de un "caso" o "controversia", de forma tal que efectuado el control de constitucionalidad no se violará, en ese contexto, la división de poderes.

III.- Ahora bien, repárese al respecto que el propio ordenamiento facilitó que el reclamante, como lo hace en la actualidad, celebre contratos en dólares y a dicho pacto le aplica el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 617 Cód. Civil) a lo que se agrega que la ley sólo le permite al deudor liberarse de la obligación entregando la especie designada en el contrato (art. 619 Cód. Civ.). Ante dicho nivel que puede ser considerado como reglamentario de los derechos reconocidos -con un grado de generalidad mayor- en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales que la integran (art. 75, inc. 22, C.N.) se verifica a su vez que no existe limitación o condición alguna para contratar que emane de preceptos de igual rango. Debe recordarse, además, que la cláusula de cierre constitucional en resguardo del principio de reserva de los ciudadanos, es que todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19) y, en consonancia con ello, el art. 1197 del Cód. Civil sienta como regla la autonomía de la voluntad de los contratantes, cuando no se viola el orden público (art. 953 Cód.Civ.)

Es sabido que ninguna de las disposiciones nombradas es absoluta y que pueden ser reglamentadas en su ejercicio. Sin embargo, las eventuales restricciones deben tener un contenido razonable y emanar de la autoridad competente para disponerlas. A la luz de lo anotado, bien se advertirá que tales exigencias no se cumplen en el presente caso.

En efecto, sólo el Honorable Congreso de la Nación puede limitar o modificar lo establecido por los arts. 617 y 619 del Cód. Civil; sobre todo si dicha limitación o modificación, como ocurre en el caso, es diametralmente contraria a las previsiones de las normas citadas. Tan antagónicas son las comunicaciones impugnadas con los citados preceptos del Código Civil, que resulta inconciliable que -por un lado- se autorice a contratar en moneda extranjera y, por el otro, se deniegue la posibilidad de adquirirla para cancelar la obligación.

Indudablemente, ante la palmaria contradicción, es necesario resolver el conflicto normativo haciendo prevalecer las normas de jerarquía superior; es decir, los art. 617 y 619 del Cód. Civil, sobre la normativa administrativa emanada del BCRA.

Las comunicaciones imputadas de inconstitucionales no solo no pasan el test de razonabilidad sino tampoco el de legalidad, toda vez que ellas no proceden "a ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación del Honorable Congreso de la Nación" (CO del BCRA art. 4, inc. f) ley 21.144 mod. ley 26.739) sino que lo contradicen, tornando obligaciones de cumplimiento imposible (arts. 513 y 888 Cód.Civ.) las contratadas en los términos de los arts. 617 y 619 del Cód. Civ. Las "comunicaciones" atacadas "formulan" una política cambiaria contraria a la que alienta y sostiene el Poder Legislativo.

El art. 29, inc. b) de la Carta Orgánica del BCRA autoriza al directorio a "dictar las normas reglamentarias del régimen de cambio y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija" (t.o ley 25.562, art. 10, ver Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, Eduardo A. Barreira Delfino, Ed. Hammurabi). Empero, solo lo faculta a dictar "normas" que estén en "un todo de acuerdo con la legislación del Honorable Congreso de la Nación" (CO del BCRA art. 4, inc. f) ley 21.144 mod. ley 26.739) y no "formular" políticas contrarias a dichas normas instrumentadas a través de comunicaciones que no firman ni el presidente ni el directorio (art. 14, inc. a) CO).

Habilitado legalmente como estaba el apelante para contratar en moneda extranjera, hizo ejercicio de su derecho de propiedad que incluye el de "la libertad de contratar" de acuerdo con las leyes que reglamentan su ejercicio" (art.14 CN) como limite al ejercicio abusivo de un derecho (art. 1071 Cód. Civ). Prerrogativa que, en el caso, se encuentra amparada por la irretroactividad en la aplicación de los efectos de la nueva ley (art. 3 del Cód. Civil). El principio de la no retroactividad deja de ser una norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad (Fallos 137:47). Y el referido derecho a contratar libremente integra el concepto constitucional de propiedad y tiene un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad" (Fallos: 145:325, Bourdieu, Pedro Emilio vs. Municipalidad de la Capital, diciembre 16 de 1925).

El antecedente mencionado se mantiene vigente a la fecha: "el contrato y la propiedad tiene protección constitucional en el derecho argentino y toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía de la voluntad personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional), como la de configurar el contenido de un contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 Constitución Nacional) y de libertad económica dentro de las restricciones de la competencia (art. 43 de la Constitución Nacional). La libertad de contratar, competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de garantías constitucionales. Es en este sentido como debe ser interpretado el término "propiedad" constitucional (art.17 Constitución Nacional) -ver el voto por sus fundamentos, considerando 25, del Juez de Corte Lorenzetti, CS M.2771.XLI, "Massa"- Al respecto resulta oportuno recordar la disidencia

parcial de Roberto Repetto en "Avico", "Si la propiedad privada en virtud de reglamentación derivada del poder de policía pudiere ser quitada a una o más personas para darla a otra o a otras por razones de orden público o sin indemnización, se habría creado un poder desconocido e inesperado dentro de la Carta Fundamental, llamado a anular el principio de la inviolabilidad de la propiedad tan enfáticamente proclamado por ella" (Fallos: 172:29).

A su vez, cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden de lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbrará a incurrir en extralimitaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o en menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder. (la negrita es del texto, Tratado De Derecho y Economía, Tomo II, Prólogo de Edmund S. Phelps, Premio Nobel de Economía, Director -Juan Vicente Sola- Ed. La Ley pág.459).

IV.- Si por hipótesis el Tribunal decidiera en sentido opuesto, a favor de la constitucionalidad de los dispositivos referidos del Banco Central, se comprobará que quedarían decisivos interrogantes sin resolver con un sentido de justicia, afectándose sin razón los derechos de la actora. En esa inteligencia cabe preguntarse:

¿Cuál es la solución superadora que proponen los dictámenes de los fiscales actuantes en cada instancia o la decisión del a quo al problema del apelante?; ¿cómo habrá de cancelarse el crédito del ejecutante?; ¿cuál será la mengua que deberá asumir la actora para reponer su capital en la moneda originaria?; ¿es posible sostener que la jurisdicción, que se presupone se desarrolla en el marco de la legalidad, obligue a los contratantes a acudir al mercado informal o paralelo para poder cumplir con obligaciones que el propio ordenamiento jurídico contempla como posibles?

Así las cosas, en tanto las respuestas adecuadas a estos interrogantes brillen por su ausencia o conduzcan a soluciones contrarias al ordenamiento jurídico vigente, las mentadas comunicaciones del BCRA, que impiden adquirir la divisa estadounidense, deben ser declaradas inconstitucionales.

Otra forma de razonar importaría seguir una suerte de "anomia boba" (así descripta hace más de dos décadas por Carlos Santiago Nino en "Un país al margen de la ley") que no ceja en sus contradicciones internas; o significaría erigir una curiosa pirámide jurídica en la cual las comunicaciones del BCRA estén por encima de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y del Código Civil (art. 34, inc. 4°, CPCC).

A lo dicho debe sumarse que, transcurrido un tiempo razonable desde que comenzaran las limitaciones mencionadas, el Honorable Congreso de la Nación no ha decidido legislar las restricciones tomando para sí lo vertido en los actos administrativos; con lo cual -desde la perspectiva institucional- no alcanza a percibirse que la propuesta contenida en las comunicaciones constituya una necesidad concreta de la República. Asimismo, tampoco se modificaron los artículos del Código Civil que permiten a los particulares y al propio Estado efectuar ese tipo de contrataciones; con lo que se colige que, al no haber mediado la intervención del Parlamento, no se estaría ante una política económica de orden relevante. Por lo tanto, ante este escenario de contradicciones palmarias e inconciliables, debe prevalecer -como se dijo- la norma de jerarquía superior, dictada por el Poder que mejor representa la voluntad del soberano, que no es otro que la suma de las voluntades mayoritarias de los ciudadanos.

Por supuesto que la resolución que se ha de dictar no afecta el ámbito natural de los otros poderes del Estado, cómo erróneamente invoca el B.C.R.A. Es que, por una parte, no se han dictado los actos jurídicos aptos (léase ausencia de disposiciones legislativas) capaces de regular la cuestión. Empero, por la otra, los efectos de la decisión del Tribunal se circunscriben a la relación jurídica particular que es objeto de análisis en la presente interlocutoria. En suma, la decisión apelada será revocada, se declarará la inconstitucionalidad de las comunicaciones cuestionadas y, consecuentemente, las costas de la incidencia -en ambas instancias- serán fijadas a cargo del Banco Central de la República Argentina en su condición de vencido (art. 68 y 69 del CPCCN).

A mérito de los lineamientos precedentes

SE RESUELVE:

Revocar la resolución de fs. 201, declarar la inconstitucionalidad las comunicaciones "A" 5318, "A" 5330 y "A" 5339 del Banco Central de la República Argentina y de toda otra disposición administrativa que impida la adquisición por parte del actor de dólares estadounidenses e imponer las costas de ambas instancias a la nombrada entidad.

Notifíquese, al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho, y oportunamente devuélvanse las actuaciones a la instancia de grado. Mauricio Luis Mizrahi -Claudio Ramos Feijóo -Omar Luis Díaz Solimine