

## LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ES DE ORDEN PÚBLICO Y NO ADMITE ACUERDO EN CONTRARIO (nota al fallo “Cabrerá”)<sup>1</sup>

### I. Introducción:

Los hechos del caso “Cabrerá”, fallado ayer por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “la Corte”) son así: un ahorrista promovió acción de amparo tendiente a obtener la devolución de la diferencia entre la suma que el banco le devolvió en pesos a una paridad de 1,40 por cada dólar, y la suma que le hubiese correspondido de realizar tal conversión al valor real de la moneda extranjera. Planteó, para ello, la inconstitucionalidad del Decreto 214/02 y el conglomerado normativo concordante.

El argumento utilizado por la Corte para fallar de ese modo, fue básicamente, la doctrina de los actos propios, aplicada en perjuicio del ahorrista, merced a la cual confirió efecto liberador al pago parcial realizado por el banco. Puntualmente, la Corte aplicó en forma incompleta su propia doctrina en materia de sometimiento a un régimen legal inconstitucional y su posterior impugnación judicial.

**II. La Constitución es de Orden Público:** El argumento basado en la doctrina de los actos propios es, a nuestro entender, inaplicable a este caso por lo siguiente:

a) Las normas por medio de las cuales se afectó la relación originariamente pactada por los ahorristas, son palmariamente inconstitucionales por violar groseramente el derecho de propiedad. Así lo declaró la propia Corte en los fallos “Smith” y “Provincia de San Luis”.

b) La Constitución Nacional es de orden público y lo que ella ordena no es susceptible de ser dejado de lado por la voluntad de las partes en una relación jurídica, aún cuando esas partes sean dos particulares, pues la constitución rige tanto a los poderes constituidos como a los sujetos privados<sup>2</sup>.

c) Por lo tanto, lo que las partes en esa relación pudieron haber convenido con base en una norma inconstitucional, es también inconstitucional y debe ser descalificado por el órgano jurisdiccional en su carácter de guardián de la constitución.

d) No empece a ello el hecho que el derecho en cuestión sea el de propiedad, ya que, contrariamente a lo que afirma la Corte, al ser el derecho de propiedad un derecho humano, protegido como tal en varios de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, es irrenunciable. Debemos entender entonces que la vieja doctrina de la Corte respecto de su carácter renunciante debe ser descartada luego de la creación del bloque de constitucionalidad federal, a través de la introducción del art. 75 inciso 22 de la carta magna<sup>3</sup> en la reforma de 1994.

Con una comparación sencilla quedará demostrada nuestra postura contraria a lo resuelto en el fallo: una norma de rango legal, como es el código civil, establece que nadie puede renunciar al derecho a percibir alimentos porque éstos son de orden público, y todo contrato que así lo establezca será declarado nulo por los jueces. Pero el fallo bajo análisis admite que las partes pacten en contra de una norma que también es de orden público y que además tiene una jerarquía normativa superior a la de todo el ordenamiento jurídico, como son la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos mencionados en el art. 75 inciso 22. Conferir efectos liberatorios a la desafectación de los depósitos a razón de 1,40 pesos por cada dólar -como hace el fallo- implica consentir la validez de un acuerdo hecho con base en una norma inconstitucional, es decir, un acuerdo contrario a la constitución.

En otras palabras: el pago parcial que el banco realizó al ahorrista, al que la Cámara y la Corte atribuyen efectos liberatorios por el total, fue hecho aplicando las normas inconstitucionales encabezadas por el decreto 214/02. Por ello ese pago es tan inválido como un contrato de compraventa de personas (prohibido por el art. 15 de la CN) o como un pacto de renuncia a cuota alimentaria o como un pacto sobre herencias futuras (ambos prohibidos por el Código Civil). *¿O acaso las prohibiciones del código civil tienen jerarquía normativa superior a las de la constitución nacional?...*

Resolver lo contrario implica sostener que la constitución admite acuerdo en contrario, con grosera violación del principio de supremacía constitucional.

### III. La Doctrina de los Actos Propios:

Según la Corte, nadie puede cuestionar la constitucionalidad de un régimen normativo después de haberse sometido a él. Pero esa regla presenta excepciones, admitidas por la propia Corte, especialmente en los casos en los cuales el acogimiento a ese régimen era el

<sup>1</sup> Publicado en *La Ley* 2004-D:1015.

<sup>2</sup> Sostener lo contrario implica considerar a la constitución como una norma jurídica mediata o indirecta, que sólo se aplica a los poderes del estado, pero no a los particulares, cuando no es así: la constitución es norma jurídica que rige directa e inmediatamente tanto a los poderes constituidos como a los particulares.

<sup>3</sup> Puede verse nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad: La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 37.

único camino para ejercer un derecho; así lo resolvió, por ejemplo en *Fallos* 311:1133, ente muchos otros. Eso es, justamente, lo que ocurría en el caso de autos. El tribunal, lamentablemente, aplicó sólo la regla, pero no aplicó las excepciones a esa regla que su propia jurisprudencia había generado.

Además, para que sea aplicable la doctrina de los actos propios, es necesario que los actos que se oponen al reclamante hayan sido voluntarios, libres y no hayan estado inducidos por ninguna de las causales que vician la voluntad (error, dolo, coacción física o psíquica, estado de necesidad, etc.). Pero, cuando no ha existido una decisión plenamente libre, no es posible seguir aplicando automáticamente la teoría de los actos propios. Y nadie puede afirmar con seriedad que las decisiones que los ahorristas argentinos adoptaron desde la instauración del llamado “corralito” bancario y especialmente desde la “pesificación” forzosa fueron voluntarias, libres, incondicionadas y exentas de coacción moral. Tampoco puede afirmarse válidamente que aceptar lo que en su momento se le ofrecía al ahorrista y luego reclamar la diferencia sea un obrar de mala fe, que es lo que en definitiva trata de prevenir esta doctrina. En este mismo sentido, respecto de la inaplicabilidad de esa teoría al caso de la “pesificación” se ha expedido calificada doctrina<sup>4</sup>.

Quienes retiraron sus ahorros “pesificados” no lo hicieron ni libre ni voluntariamente, sino que actuaron en el marco de una normativa inconstitucional que se les imponía y en el marco de una situación macroeconómica e institucional caótica (la sucesión de cinco presidentes en pocos días da cuenta acabada de ello). En otras palabras: actuaron así en la desesperación de aceptar eso o sufrir un perjuicio mayor, lo cual hace presumir que actuaron bajo estado de necesidad, siendo la contraparte la que debe desvirtuar esa presunción y no el ahorrista el que debe acreditarlo, a la inversa de lo que se sostiene en el fallo.

**IV. La Nulidad Constitucional:** Existe un argumento adicional que, en atención a los límites de este comentario, no podrá ser desarrollado con la profundidad que el tema merece, pero que, no obstante, debemos dejar planteado. Es el tema de las nulidades constitucionales: Ocurre que las normas sobre las cuales se asentó la voluntad (viciada) de las partes (banco y ahorrista) son mucho más que inconstitucionales: son nulas de nulidad absoluta.

La *nulidad* de una norma es distinta de la mera *inconstitucionalidad* en el marco de un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las normas, como es el argentino. La nulidad tiene efectos *erga omnes* y retroactivos, mientras que la inconstitucionalidad se limita al caso particular y opera sólo hacia el futuro<sup>5</sup>.

Pues bien, en este caso estamos en presencia de normas que, además de ser inconstitucionales por lesionar el derecho de propiedad, son nulas. En efecto: el artículo 99 inciso 3 CN en el segundo párrafo establece: “*El Poder ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...*”. Dicha sanción de nulidad es extensiva al art. 76 de la carta magna que “*...prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo*”. A estas normas se adiciona art. 29 de la ley fundamental que también fulmina con la nulidad insanable a las normas que impliquen arrogarse las facultades extraordinarias o la suma del poder. Y el decreto que ordenó la “pesificación” padece de todos esos vicios: a) Es un decreto de necesidad y urgencia mezclado con uno delegado<sup>6</sup>, lo cual es inadmisibles porque las facultades que se ejercen por delegación no son las mismas que se ejercen en el caso de los decretos de necesidad y urgencia, y los presupuestos de cada caso también son distintos. b) El decreto fue dictado excediendo el marco de la delegación dispuesta en la ley 25.561: En este sentido, la Corte Suprema, en el fallo “*Provincia de San Luis*” ha resuelto claramente (a pesar de los matices entre los distintos votos) que el decreto 214/02 excedió el marco normativo de la delegación formulada en esa ley al haber alterado la sustancia de la moneda.

Por lo tanto, si la excusa es que el estrecho marco cognoscitivo de la acción de amparo impide determinar si las normas son inconstitucionales, la Corte podría haber recurrido a su propia opinión (ya volcada en el fallo “*Provincia de San Luis*”) donde había señalado la invalidez de las normas de “pesificación” independientemente del análisis sustantivo respecto de su inconstitucionalidad.

#### **V. Colofón:**

El fallo confiere efectos liberatorios al pago parcial efectuado por el banco, con el argumento de que el ahorrista no formuló reserva alguna por la diferencia. Con ese proceder,

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, el constitucionalista y constituyente del '94, Antonio M. Hernández en “El Fallo de la Corte Suprema en “*Provincia de San Luis*” y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la Emergencia” en *La Ley Actualidad*, del 20 de mayo de 2003, pág. 3, col. 3.

<sup>5</sup> Al haber aceptado finalmente la CSJN la declaración de inconstitucionalidad de oficio se esfumó otra de las diferencias que antes existían entre los institutos de la nulidad y de la inconstitucionalidad: ahora ambas son susceptibles de ser declaradas sin petición de parte.

<sup>6</sup> Sobre el punto puede verse Bidart Campos, Germán J. y Manili, Pablo L., “La Jerarquía Normativa de las Distintas Clases de Decretos del Poder Ejecutivo Nacional” en *La Ley* 2003-C:1359.

la Corte invierte una presunción que debería favorecer al ahorrista, que fue empujado por normas inconstitucionales a aceptar un pago parcial, ya que lo obliga a demostrar la existencia de un estado de necesidad cuando es de público y notorio que todos los ahorristas argentinos actuaron así porque ese era el único camino para ejercer su derecho de propiedad (según un principio general del derecho procesal, el “hecho notorio” no requiere ser probado).

Pero la presunción debería ser exactamente al revés, es decir: presumir que el ahorrista actuó en estado de necesidad y colocar sobre los bancos la carga de demostrar, en cada caso concreto, que no fue así. Esa es, a nuestro criterio, la aplicación que ineludiblemente debe efectuarse, en este caso concreto, de la norma constitucional que protege los derechos e intereses del consumidor–usuario de los servicios del banco. Es decir: la Corte omitió la aplicación del art. 42 de la Constitución Nacional, que establece que “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de (sus)... intereses económicos...*”. También omitió considerar el principio *iura novit curia* que le obligaba a aplicar esa norma aún cuando no hubiese sido invocada por las partes.

Al resolver de ese modo, el tribunal también omitió la consideración de un principio básico del derecho constitucional, como es el carácter de norma de orden público que reviste la carta magna, y confirió validez a un acuerdo de partes basado en normas palmariamente inconstitucionales (los decretos “pesificadores”). A ello se suma, como agravante, que esas normas, además de inconstitucionales, son nulas de nulidad absoluta e insanable, por lo cual los actos que las tomen como base también lo son, y deben ser privados de efectos.

La inconstitucionalidad (sobre todo si es tan palmaria como en este caso) y la nulidad absoluta e insanable pueden y deben ser declaradas de oficio por los jueces, aún en el marco de una acción de amparo y aún cuando medie acuerdo de partes en contrario.

La plena vigencia de la constitución nacional así lo requiere.