

Voces: PESIFICACION ~ INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ COMPRAVENTA DE DIVISAS ~ COMPRAVENTA ~ MONEDA EXTRANJERA ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ ENTIDAD FINANCIERA ~ CONTRATO ALEATORIO ~ PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA ~ CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ LEY DE EMERGENCIA ~ NATURALEZA DE LA OBLIGACION ~ ALEA ~ TIPO DE CAMBIO ~ OBJETO DEL CONTRATO ~ EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE ~ DERECHO ADQUIRIDO

Título: La "pesificación" de los Forwards. Un fallo emblemático de nuestra Corte Suprema

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 01/06/2011, 01/06/2011, 5 - LA LEY2011-C, 415

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 2011-05-24 ~ Johnson & Johnson de Argentina S.A. CEI c. Deutsche Bank S.A. s/cumplimiento de contrato](#)

Cita Online: [AR/DOC/1723/2011](#)

Sumario: I. Introducción. II. Los antecedentes. III. El fallo de la CSJN. IV. Colofón: Un espaldarazo a la seguridad jurídica.

I. Introducción

Es el propósito de este trabajo reflexionar acerca del decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") en el caso "Johnson & Johnson de Argentina S.A. CEI c. Deutsche Bank S.A. s. cumplimiento de contrato". (1)

En una sentencia unánime, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del decreto PEN 992/2002 (Adla, LXII-C, 2978) en cuanto había dispuesto la pesificación de las obligaciones emanadas de los contratos de forward regidos por la ley argentina, en los que una de las partes haya sido una entidad financiera, por considerar que el mismo "altera la esencia de estos contratos y produce, en el caso, una sustancial e injustificada afectación del derecho de propiedad".

El fallo es elogiado no sólo por su solidez técnica, sino también porque rescata la seguridad jurídica como valor esencial en el ámbito de las relaciones contractuales.

II. Los antecedentes

Durante el transcurso del año 2001, la empresa Johnson & Johnson de Argentina (la "Compañía") celebró con Deutsche Bank S.A. (el "Banco") tres contratos de compraventa de moneda a término; en dos de ellos la Compañía compró al Banco determinada cantidad de moneda extranjera, y en el restante le vendió al Banco cierta cantidad de la misma moneda. Las operaciones se habrían concertaron bajo la modalidad de liquidación "sin entrega de divisas", por lo que las partes se obligaron a pagar una diferencia entre el precio convenido y el precio de mercado del activo subyacente (la moneda extranjera) a una fecha determinada.

Entre la fecha de concertación de las operaciones y la fecha de vencimiento de las mismas entró en vigencia en la Argentina el plexo normativo de emergencia, cuyos exponentes principales son la ley 25.561, el decreto PEN 214/2002, el decreto PEN 410/2002 (Adla, LXII-A, 44; LXII-A, 117; LXII-B, 1680), y en lo que al tema bajo análisis se refiere, el Decreto PEN 992/2002.

Dado su carácter público y notorio, no ahondaremos en el alcance de cada una de estas normas, aunque sí resulta útil recordar cuáles fueron sus efectos principales, sobre todo en lo que atañe a los hechos aquí comentados.

El decreto PEN 214/2002 dispuso la conversión a Pesos de todas las obligaciones expresadas en moneda extranjera, a razón de 1 Peso por cada Dólar Estadounidense, sin reconocer excepción alguna. (2)

El decreto PEN 410/2002 dispuso una serie de excepciones al ímpetu pesificador, previendo que en razón de la naturaleza de ciertas operaciones, resultaba necesario excluir a las mismas de la conversión a Pesos dispuesta genéricamente por el decreto PEN 214/2002, abarcándose dentro de dichas excepciones a los contratos de futuros y opciones, incluidos los registrados en mercados autorregulados. (3)

Finalmente, el decreto PEN 992/2002 dispuso que las obligaciones emergentes de aquellos contratos de futuros y opciones concertados bajo la legislación argentina con anterioridad al 5 de enero de 2002, donde al menos una de las partes sea una entidad financiera, debían convertirse a Pesos a razón de \$1,40 por cada Dólar Estadounidense o su equivalente en otra moneda extranjera. (4)

Invocando lo dispuesto en esta última norma, al vencimiento de las operaciones de compraventa de moneda el Banco liquidó las mismas compensando las diferencias entre el precio del activo subyacente pactado al momento de la concertación de la operación, y \$1,40 por cada Dólar Estadounidense, y depositó a favor de la Compañía dicha diferencia.

Por su parte, la Compañía no se dio por satisfecha con dicho pago, iniciando una acción judicial tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del decreto PEN 992/2002, y se le entregue la exacta cantidad de moneda extranjera adquirida conforme a lo pactado originalmente.

En una decisión acertada y siguiendo una correcta línea argumental (apoyada entre otras cosas en la

naturaleza y finalidad de este tipo de contratos), el Juez de Primera Instancia declaró la inconstitucionalidad del decreto PEN 992/2002 y condenó al Banco a abonar a la Compañía el crédito resultante del pago de las operaciones oportunamente convenidas tomando en consideración la cotización del Dólar Estadounidense en el mercado libre al día del vencimiento.

En un fallo a nuestro juicio muy endeble, (5) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, revocó la decisión de primera instancia y ratificó la constitucionalidad del decreto PEN 992/2002, rechazando la demanda impetrada por la Compañía, dando lugar a la interposición del recurso extraordinario federal ante la CSJN, cuyo decisorio motiva el presente comentario.

III. El fallo de la CSJN

Nuestro Máximo Tribunal no dudó a la hora de juzgar la validez constitucional del decreto PEN 992/02, coincidiendo la totalidad de sus Ministros en que esa norma no supera el control sustantivo de constitucionalidad sobre la base de los siguientes argumentos principales:

i. Los contratos a término o forward son convenios bilaterales consensuales y onerosos de carácter aleatorio, cuya principal finalidad es la "distribución del riesgo inherente a la evolución de determinada variable subyacente, en este caso el valor de la moneda extranjera."

ii. En este caso, el álea tenida en mira por las partes al contratar se centró en la eventual derogación de la ley de convertibilidad 23.928 (Adla, LI-B, 1752), es decir, la modificación del tipo de cambio vigente al momento de la celebración del contrato, por lo que el decreto PEN 992/2002, al disponer la pesificación a razón de \$1,40 por dólar estadounidense, "altera la esencia misma de estos contratos y produce, en el caso, una sustancial e injustificada afectación del derecho de propiedad de la actora."

iii. La moneda extranjera no fue adoptada como un medio de pago de obligaciones asumidas bajo un contrato relativo a otras prestaciones diferentes, sino que constituye "el objeto mismo del contrato, de modo que la mayor onerosidad producida como consecuencia de la variación del tipo de cambio no derivó en causas ajenas al contrato, sino de su riesgo propio."

iv. La elevada especialización de las entidades financieras (art. 902 del Código Civil) hace presuponer que éstas han adoptado una sofisticada estrategia de manejo de riesgos, que resulta óbice a cualquier tipo de invocación a la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198 Código Civil).

v. Los eventuales intereses de un número no determinado de entidades financieras —que incluían a la celebración de los forwards de moneda extranjera en el marco de su actividad propia y que naturalmente eran conocedoras de su obligación de hacer frente al alea asumida por vía de aquellos— no guardan la necesaria proporcionalidad con la norma de emergencia que dispuso la pesificación de dichos contratos. En este sentido, la CSJN ratificó el principio conforme al cual "la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos (Fallos 313:1638)."

Coincidimos plenamente con todos estos argumentos, los que por su claridad nos eximen de mayores comentarios, máxime si se tiene en cuenta que ya nos hemos pronunciado al respecto en reiteradas oportunidades. (6)

Un rasgo a destacar del fallo consiste en que el Máximo Tribunal —si bien no de manera expresa pero al menos sí tácitamente— dejó de lado la postura adoptada por la Cámara en el sentido de que la Compañía carecía de un derecho adquirido a reclamar por tratarse de un contrato aleatorio.

En este sentido, la Cámara sostuvo que: "La empresa actora no tiene un derecho adquirido a recibir una determinada cantidad de dólares estadounidenses a la fecha futura pactada, si el banco demandado concertó con el accionante tres operaciones de compraventa de moneda extranjera a término, revistiendo en dos la calidad de vendedor y en una la de comprador, en las cuales se obligaban a pagar una diferencia entre el precio convenido y el precio de mercado de un activo subyacente, pues se trata de un contrato aleatorio donde se desconoce al tiempo de la celebración cuál parte será deudora y cuál acreedora."

La CSJN deja de lado ese frágil argumento para sostener que la norma cuestionada "privó al contratante de su derecho a obtener la íntegra satisfacción de su crédito" independientemente del carácter aleatorio del contrato, el que es reconocido expresamente por el Máximo Tribunal. El hecho de que el contrato sea aleatorio no puede en ningún caso implicar que las contrapartes del mismo carezcan del derecho a que sus respectivos créditos sean respetados de manera tajante y no convertidos a otra moneda sin que haya una razón válida que así lo justifique.

También es elogiable que la CSJN haya prescindido en su análisis de la circunstancia de si las operaciones en cuestión tenían finalidad especulativa o de cobertura, lo que constituye un dato irrelevante a la hora de juzgar su constitucionalidad. Como hemos sostenido en más de una oportunidad, el hecho de que una de las contrapartes de una operación de forward haya actuado con una finalidad especulativa no limita de ningún modo su derecho a reclamar lo que por derecho le corresponde.

Por último, la CSJN desechó el argumento de que el decreto PEN 992/02 tuvo como finalidad el de evitar eventuales presiones cambiarias, ya que la liquidación de estos contratos había sido pactada bajo la modalidad

non delivery, por lo que la misma sería incapaz de generar afectaciones en el tipo de cambio.

IV. Colofón: Un espaldarazo a la seguridad jurídica

No es nuestra intención abundar sobre lo mucho que se ha dicho acerca de la crisis que con virulencia se reveló en el año 2001 en nuestro país y cuyas incógnitas fundamentales todavía no han sido despejadas. El fallo bajo análisis, sin embargo, permite interpretar la visión de nuestra Corte Suprema respecto del más importante de ellos desde el punto de vista del derecho: la seguridad jurídica.

Esta frase, que se ha repetido hasta el límite del empalago, lejos está de expresar un concepto vacío. Es una idea medular en la organización y desarrollo de un país, con consecuencias que exceden los pacatos límites de los tópicos de café y con un impacto directo en la vida de sus ciudadanos.

Como expresara Renan al pensar sobre la Nación: "tener glorias comunes en el pasado, una voluntad común en el presente; haber hecho juntos grandes cosas, querer hacer otras más; he aquí las condiciones esenciales para ser un pueblo...". (7)

A eso hay que sumarle instituciones que se alimentan no sólo de sus aciertos, sino sobre todo de su prestigio, esa suerte de halo místico que irradian cuando son aceptadas y respetadas por todos, en definitiva, cuando están vigentes, independientemente de su publicación en un digesto. Cuando eso se quiebra, cuando las instituciones y las reglas de juego son cambiadas de súbito por los gobernantes, entramos de lleno en el terreno de la arbitrariedad, del abuso, tomando plena fuerza el adagio latino "quis custodie ipsos custodes", ya que la cuestión deja de ser ¿quiénes nos gobiernan? y pasa a ser ¿cómo podemos controlar a los que nos gobiernan? (8) Bien conocida era esta cuestión para los romanos, que desde que antes que plasmaran sus "mores maiourm" en la Ley de las doce tablas, repetían en voz alta y de memoria sus normas. (9)

Pero lo más grave, como se adelantó, son las consecuencias en el día a día de los ciudadanos. La subordinación del orden jurídico a decisiones políticas da lugar a una profunda inestabilidad de las reglas de juego. Como lo que se intercambia en una economía de mercado son derechos de propiedad, cuando éstos no están mínimamente resguardados los riesgos de intercambio aumentan, lo que necesariamente reduce la inversión —ya que el riesgo de recuperarla (ya no de obtener una ganancia) es muy alto— (10) y a la larga el valor de los activos, esto es, de la propiedad de los particulares. En definitiva, se afecta la productividad de la economía y con ello el nivel y calidad de vida de la gente.

A la distancia y con la perspectiva de los años transcurridos, una de las derivaciones más graves del desaguado que significaron esos tiempos caóticos fue precisamente la violación de la seguridad jurídica. El emblema que pareció guiar a quienes tomaron las riendas de la Argentina luego del coup d'état fue "pongan el carro en movimiento que los melones se acomodan solos." (11) En menos palabras, hicieron caso omiso de las reglas de juego, de los contratos, de la palabra empeñada, de los principios más elementales de nuestro (y casi cualquier) ordenamiento jurídico. "Socializaron" las pérdidas en beneficio de unos pocos y en perjuicio de los más. (12) Y así nos adentraron de nuevo en la "rusticidad", nos empujaron a dar una vuelta carnero al pasado más anacrónico a dónde quedamos instalados desde entonces.

Casi diez años después, el fallo bajo análisis de nuestro más alto Tribunal es toda una lección de seguridad jurídica, que adquiere relevancia inusitada en los tiempos que corren.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Sentencia de la CSJN de fecha 24 de mayo de 2011.

(2) El artículo 1° de este decreto establece que: A partir de la fecha del presente Decreto quedan transformadas a Pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen —judiciales o extrajudiciales— expresadas en Dólares Estadounidenses u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a Pesos.

(3) El artículo 1° inciso d. del decreto 410/02 dispone que "No se encuentran incluidas en la conversión a Pesos establecida por el Artículo 1° del decreto 214, los contratos de futuros y opciones, incluidos los registrados en mercados autorregulados y las cuentas destinadas exclusivamente a la operatoria de tales mercados."

(4) Sobre las falencias del decreto PEN 992, véase SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "El Decreto PEN 992/02: Un golpe de muerte a los derivados financieros", publicado en ED, 21/02/2003. Los principales reproches que se efectúan a esta norma y que provocan que la misma no supere el control básico de constitucionalidad son que: (i) Viola la propiedad privada sin fijar una contraprestación a cambio, (ii) su aplicación genera una situación inequitativa, (iii) es irrazonable, y (iv) fue dictada teniendo únicamente en miras el interés de un cierto grupo de sujetos, contradiciendo así el presupuesto de validez de un decreto de necesidad y urgencia, que exige que dicha norma sea dictada con la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad (Risolia de Ocampo, María J. C. y Rojas Julio C., LA LEY, 2000-D, 593).

(5) En su momento criticamos los argumentos invocados por la Cámara, en un comentario publicado en LA LEY, 2007-A, 402.

(6) Ver artículos publicados en El Derecho con fechas 21/02/2003, y en LA LEY, 2007-A, 402; 2007-E, 615.

(7) ORTEGA Y GASSET, José, "Obras Completas", t. IV, Taurus, 2005, p. 486.

(8) POPPER, Karl L., "La sociedad abierta y sus enemigos", Paidós, 2010, p. 313.

(9) FUSTEL DE COULANGES, "La ciudad antigua", Edaf, 1982, p. 178.

(10) CACHANOSKY, Roberto, "Economía para todos", Temas, 2002, p. 180.

(11) ABRAHAM, Tomás, "Historia de una biblioteca. De Platón a Nietzsche", Sudamericana, 2010, p. 409, citando al periodista Mario Mactas. Hoy un conspicuo miembro de una influyente organización empresarial y ministro fugaz de aquel entonces, fue categórico "es como aterrizar un avión en Carlos Pellegrini...".

(12) ROUBINI, Nouriel y MIHM, Stephen, "Crisis economics", Penguin Press, 2010, p. 55.