

**Datos del Expediente**

**Carátula:** PASCALI GRACIANO C/ MAREXPORT S.R.L Y OTS. (RESERVADO) S/ INCIDENTE DE REVISION

**Fecha inicio:** 26/08/2009      **N° de Receptoría:** FU - 5016 - 0      **N° de Expediente:** 123266

**Estado:** En Letra

**REFERENCIAS**

**Sentencia - Folio:** 922

**Sentencia - Nro. de Registro:** 174

**16/07/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA**

**Texto del Proveído**

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

**REGISTRO N° 174-S FOLIO N° 922/32**

**EXPEDIENTE N° 123.266 JUZGADO N° 14**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 16 días del mes de julio de 2019, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**PASCALI GRACIANO C/ MAREXPORT S.R.L Y OTS. (RESERVADO) S/ INCIDENTE DE REVISION**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto Loustaunau y Ramiro Rosales Cuello.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

**C U E S T I O N E S**

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 913/923?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:**

**I.** En la sentencia apelada el Señor Juez de primera instancia rechazó la impugnación efectuada por el incidentado, y aprobó la liquidación practicada por la actora.

Determinó así que al 14 de noviembre de 2017, el crédito reclamado ascendía a la suma de \$3.459.079,73 e impuso las costas por su orden.

Para decidir de ese modo, el Sr. Juez tomó en cuenta las pautas que emanan de las resoluciones dictadas en la causa: sentencia de fs. 55/56, resolución de fs. 438/444, sentencia confirmatoria de Cámara de fs. 566/573, y sentencia de la SCBA de fs. 743/49.

Destacó que el crédito queda determinado por la sumatoria del capital de condena, con más sus intereses -calculados a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos en sus operaciones a treinta días- desde la mora originaria (3.5.1980) hasta la declaración de quiebra (15.8.1990), lo que llevó la acreencia a un monto total de U\$S 185.363,74.

Ese monto fue convertido a moneda de curso legal: primero a pesos argentinos vigentes en aquel entonces; luego a australes -con más el ajuste según el índice de precios al consumidor, nivel general emanado del INDEC hasta el 31.04.1991-, y por último a la unidad "peso" (actual) conforme el Decreto 2128/1991.

Agregó que sin perjuicio de la validez constitucional de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 modificada por la ley 25.561, su estricta aplicación produciría la reducción del crédito de la actora al 10% del monto inicial en dólares, arrojando en moneda de curso legal una suma ínfima (\$ 344.038,31), tal como surge de la impugnación de la fallida.

A tal fin, en resguardo del derecho de propiedad del actor, y para arribar a una solución más justa, fundó su decisorio en los principios de buena fe, equidad y abuso del derecho desplazando aquella normativa y admitió la actualización monetaria hasta el efectivo pago.

## **II. El recurso.**

Apeló la demandada a fs. 925, recurso que fue concedido a fs. 926 y fundado mediante el escrito de fs. 929/36. La accionante contestó el traslado mediante la presentación electrónica de fecha 23.8.2018.

El recurrente plantea los siguientes agravios:

**a)** Afirma que la resolución viola el principio de cosa juzgada de resoluciones firmes emanadas del mismo juez (fs. 438/443) del 13.6.2008; de esta Cámara (fs. 566/573) y de la Corte provincial (fs. 743/749).

**b)** Expresa que el ajuste por depreciación monetaria debe aplicarse hasta el día 31 de marzo de 1991 (conforme los arts. 7, 8 y 9 de la ley 23928 y decretos reglamentario) tal como surge de las resoluciones firmes y consentidas, so pena de violarse el principio de congruencia.

**c)** Sostiene que el juez hace una interpretación errónea de los principios generales del derecho receptados en el Código Civil y Comercial de la Nación, aplicando este ordenamiento en forma retroactiva. Pone énfasis en que la "equidad" no puede primar sobre la cosa juzgada de las sentencias antes mencionadas.

**d)** Refuta la aplicación de la figura del abuso de derecho y rechaza la responsabilidad que se le atribuye por el tiempo que transcurrió desde el inicio del presente incidente lo que imputa al incidentista quien -a su criterio- debió haber impulsado el trámite, carga que también tiene el juez por ser el director del proceso.

**e)** Agrega que esta resolución pone en un pie de desigualdad al Sr. Pascali con el resto de los acreedores concursales comprendidos en el acuerdo homologado.

### III. Tratamiento de los agravios.

En mi opinión, la decisión apelada es justa por lo que propongo que sea confirmada.

**III.1:** Además de los motivos reseñados en el punto I, la sentencia se funda también en una ponderación objetiva de la realidad económica, pues las características excepcionales del caso hacen que se adecue a la aplicación del estándar que con ese nombre ha ido construyendo la CSJN desde hace cuarenta años.

El máximo Tribunal utiliza “la ponderación de la realidad económica” como parámetro que le permite medir la injusticia objetiva del resultado de una liquidación (Fallos: 313:95 del 13.2.1990), y en tal caso modificarlo, aun cuando ese resultado sea consecuencia de pautas fijadas en una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada (“Bonet, Patricia Gabriela por sí y en rep. hijos menores c/ Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anónima y otros s/ accidente - acción civil”), pues si “se vuelve injusto objetivamente debe ser corregido, en tanto la realidad debe prevalecer sobre las abstractas fórmulas matemáticas (Fallos: 323:2562; 319:351; 316:1972; 315:2558; 326: 259, entre otros).

El resultado “objetivamente injusto” en este caso, se advierte en cuanto se cae en la cuenta de que han pasado más de 34 años desde que se decretó la quiebra de Marexport S.R.L. y 39 años desde que Graciano Pascali entregó la obra que da causa a su crédito, y que tal como surge de las distintas resoluciones que se dictaron en este extenso proceso incidental, el crédito del actor se vio afectado no solamente por la normativa concursal (arts. 131, 133 de la Ley 19551; hoy 127 y 129 Ley 24.522) sino también que su valor se vio severamente perjudicado por los reiterados procesos inflacionarios y devaluaciones cambiarias que ocurrieron desde 1980 hasta la fecha.

Lo que se controvierte en este incidente es la liquidación del crédito de U\$S 185.363,74 reconocido por sentencia firme, que se ha visto alterado por constantes variaciones del tipo de cambio, tres leyes de conversión monetaria (dólar a peso argentino; de peso argentino a austral; de austral a peso moneda nacional -Decretos PEN N°22707, 1096 y 2128, Ley 23.928-), el retorno al nominalismo desde hace 28 años (arts. 7 y 10 de la Ley 23.928), y - cuanto menos - dos décadas completas de procesos inflacionarios e hiperinflacionarios, a lo que se le suma un limitado marco temporal en el que, al decir de la recurrente, debiera aplicarse el método de actualización con base en índices oficiales solamente en los períodos en los que éstos estuvieran legalmente admitidos.

De aplicarse aquellas pautas para liquidar, con el rigor exigido por el deudor, al acreedor solo le quedaría resignarse a cobrar —casi cuatro décadas después— la ínfima suma de \$344.038,31, que equivale a mayo de 2019 a poco más del 4% del valor de su crédito en dólares, y que resulta menor aún si lo juzga en proporción al saldo del precio de la construcción y montaje de una planta de procesamiento y secado de calamares (v. sentencia del 28.9.1990 a fs. 59).

La desproporción que existe entre el crédito original verificado por Pascali y el monto resultante de la liquidación es extrema, y a mi juicio viola el derecho de propiedad del acreedor. A diferencia de lo dispuesto en la decisión apelada, entiendo que resulta

necesario declarar la inconstitucionalidad – bien que sobreviniente – de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 para dejar de aplicarlos.

Lo expuesto conduce entonces a confirmar el apartamiento de las pautas de liquidación firmes, y a desplazar la aplicación de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en tanto resultan inconstitucionales al prohibir (después del 31.3.91) la continuidad del reajuste incluido en el acuerdo resolutorio.

**III.2:** Para lo primero debe tenerse en cuenta que en el caso se reafirma una premisa que no por obvia deja de ser cierta: cuanto mayor es la extensión temporal de un proceso judicial mayor es la probabilidad de que el crédito controvertido —asumiendo que una decisión jurisdiccional finalmente lo reconoce como tal— se vea alterado de una u otra forma por los vaivenes de una economía inestable como es la que ha tenido nuestro país en las últimas décadas.

El paso del tiempo y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional siempre fueron factores que complejizaron la función jurisdiccional: los magistrados no solo deben dictar resoluciones judiciales que sean justas (entendiendo por tales a aquellas que hacen una correcta aplicación técnica de las normas vigentes) sino que también deben brindar soluciones que tengan eficacia práctica procurando mecanismos que permitan mantener mínimamente el valor del crédito controvertido y sobre cuya existencia y alcance se había gestado el pleito.

El acreedor desea que el juez obligue al deudor a cumplir con la prestación que constituye el objeto de la obligación; le interesa un resultado práctico concreto que solo se obtiene si esa prestación tiene hoy —al momento del fallo, o a la fecha del pago— el mismo valor económico que supo tener ayer. Es que, ¿de qué sirve gastar una enorme cantidad de recursos, esfuerzos y tiempo en un proceso judicial para dirimir la existencia y extensión de un derecho si, en definitiva y por razones coyunturales, el monto reconocido en sentencia termina por equivaler a una minúscula parte del valor originalmente reclamado? Los desarrollos conceptuales que giran en torno a la noción de deuda de valor o la utilización de intereses moratorios con una finalidad indexatoria dan cuenta de un enorme esfuerzo de los operadores orientado a evitar que el proceso sea un mero mecanismo de creación de sentencias declarativas de derechos devaluados o carentes de valor económico.

La Corte Suprema no se mantuvo al margen de esta problemática. Desde mediados de la década del setenta y hasta la implementación de la convertibilidad en marzo de 1991 (épocas en las que se admitían mecanismos explícitos de indexación para menguar los efectos de la inflación), resolvió en numerosas oportunidades que los jueces deben resolver los casos dados a su entendimiento examinando cuidadosamente la realidad económica vigente al momento del fallo. Esta directriz fue aplicada en una serie de precedentes en los que, bajo la genérica regla de la *arbitrariedad*, se dio forma a un estándar por medio del cual la Corte censuró decisiones judiciales en las que se aprobaban liquidaciones de créditos reconocidos en sentencia cuyo resultado numérico se consideraba excesivamente alto o bajo, según las particulares circunstancias de cada pleito.

En todos fallos la Corte acudió a la idea de la “ponderación de la realidad económica” como parámetro general por medio del cual concluía que el monto liquidado, aun cuando estuviese en un todo conforme a las pautas fijadas por decisiones ya firmes, resultaba objetivamente injusto de acuerdo a los valores implicados y a la coyuntura inflacionaria que alteraba el poder adquisitivo de la divisa en la que se expresaba la condena.

En todos ellos, además, existía una base fáctica común: **i)** un crédito reconocido al actor por sentencia firme y un proceso que tramita en etapa de liquidación; **ii)** la aplicabilidad en el caso de algún sistema de ajuste o actualización que procuraba evitar el impacto de la inflación; **iii)** el paso del tiempo del proceso, **iv)** la presencia de períodos de aguda inflación o hiperinflación (la crisis denominada “Rodrigazo” a mediados de la década del setenta, la hiperinflación de finales de la década del ochenta); y **v)** una liquidación final que, si bien ajustada a las pautas fijadas en sentencia, arroja un número que por una u otra razón resulta ostensiblemente injusto y censurable (por lo alto o por lo bajo, según el caso).

Los precedentes son abundantes y no pretendo pasar revista a todos, pero encuentro particularmente útil referirme brevemente a algunos de ellos en los que se delinearon las premisas centrales sobre las que se asienta este estándar de arbitrariedad (y que, además, permitirán luego comprender por qué considero que resulta de aplicación al caso en estudio). Destacaré en especial aquellos fallos que fueron concomitantes o posteriores a los procesos de hiperinflación a fines de la década de 1980, dado que su fundamentación resulta particularmente abundante y clarificadora para ilustrar el punto.

**III.2.1:** En primer lugar, y fuera del ámbito del recurso extraordinario, debo mencionar a la causa “**Pronar S.A.M.I. y C. c. Provincia de Buenos Aires**” (Fallos: 313:95, del 13 de febrero de 1990) en el que la Corte, en competencia originaria, resolvió una incidencia generada por la liquidación del crédito que por sentencia le fue reconocida a la accionante. Explicó allí que si bien una resolución anterior del Tribunal había admitido el criterio o método de actualización, lo cierto es que la aplicación en el caso terminó generando un resultado inadmisibles “*como consecuencia del marcado desnivel de los índices que reflejan la desvalorización monetaria*” en los últimos meses, lo que autoriza a apartarse de ese temperamento.

En el caso se discutía qué períodos utilizar para calcular el reajuste, con base en índices publicados en INDEC. Se dijo allí que “*los índices publicados por el INDEC son utilizados (...) a fin de obtener un resultado que se acerque en la mayor medida posible a una realidad económica dada. Más cuando por el método de su aplicación -quizás correcto para otras hipótesis- se arriba a resultados que pueden ser calificados de absurdos frente a esa aludida realidad económica, ella debe privar sobre abstractas fórmulas matemáticas*” (cons. 3°).

**III.2.2:** Poco tiempo después la Corte dictaría el fallo “**Mieres, viuda de Rodríguez Roberts, María Luz**” (Fallos: 315:2558; 20.10.1992). En esta ocasión se analizó la liquidación de un crédito derivado de una indemnización de daños y perjuicios por un accidente de tránsito. El agravio de la actora —que finalmente admite la Corte— se fundaba en que era inaplicable el

procedimiento de actualización fijado en sentencia definitiva (de octubre de 1988) para los periodos de “*altísima inflación*” ocurridos durante enero a marzo de 1990.

La Corte criticó el rechazo que la Cámara hizo sobre ese planteo y reiteró que la hiperinflación debe motivar «*un examen circunstanciado de la realidad económica vigente al momento del fallo*», dado que el mecanismo para mantener actualizado el capital solo es un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de esa realidad económica, pero **cuando el resultado se vuelve objetivamente injusto debe ser dejado de lado en tanto dicha realidad debe prevalecer** sobre abstractas fórmulas matemáticas (tal como se había resuelto en “*Pronar...*”, de 1990).

Lo que el Máximo Tribunal afirma, en definitiva, es que la ponderación de la realidad económica puede y debe en ciertos casos llevar al juzgador a apartarse del resultado de una liquidación que fue hecha con base en pautas fijadas en sentencias firmes.

Más aún, aclaró la Corte en el considerando 7° que un procedimiento de indexación deja de ser razonable cuando, producto de un desfase importante en la evolución económica motivada por la hiperinflación, se arriba a un monto que conlleva “*una grave e importante reducción del crédito ejecutado*”. En este punto la Corte le reprocha al tribunal *ad quem* que no haya acudido a —y cito textual— “*un procedimiento tendiente a la tutela jurisdiccional del derecho de propiedad*” (fallo cit., cons. 8°), lo que deja entrever que desde una óptica constitucional la aplicación de métodos de repotenciación que derivan en resultados que reducen injustamente el crédito conllevan una violación al derecho de propiedad (art. 17 de la CN), que se verifica en el caso de Pascali.

**III.2.3:** En la causa “*Melgarejo, Roberto R.*” (Fallos: 316:1972; 07.09.1993) la Corte resolvió un caso que versaba sobre un reclamo de cobro de pesos y escrituración iniciada por el vendedor de un inmueble y una reconvencción por reajuste de precio, incoada por los adquirentes. En la sentencia de primera instancia —que llegó inmutada a instancia extraordinaria— el juez hizo lugar a la demanda, desestimó el reajuste de saldo precio exigido por los compradores, y mandó a escriturar y pagar un saldo reajustado por el índice de precios al consumidor.

La Corte entendió que era arbitraria esta decisión de la Cámara de rechazar los recursos por entender que el sistema de repotenciación fijado en primera instancia “*traduce un palmario menoscabo de los derechos de propiedad y defensa en juicio garantizados por la Constitución Nacional*” (cons. 3°) en tanto se arriba a un resultado irrazonable que “*prescinde de toda apreciación de la realidad que tuvo en mira determinar y altera la necesaria relación de proporcionalidad que debe mediar entre el saldo aludido y el valor del inmueble recibido en cambio*”.

Adviértase que aquí la Corte juzga cómo un sistema de indexación técnicamente correcto y legalmente permitido, contextualizado con las circunstancias específicas del caso (en particular, el tiempo transcurrido ínterin tramita el proceso y la hiperinflación acumulada), arroja un resultado objetivamente injusto. Y aquí se suma una nueva pauta de comparación: la desproporción entre el saldo de precio y el valor de la propiedad. O más genéricamente dicho: la asimétrica relación entre el dinero como instrumento de cambio y la contraprestación debida por la otra parte.

La Corte explica que la distorsión en el incremento de los distintos precios de mercado “*hacen necesario un examen circunstanciado de la realidad económica imperante al momento del fallo y, en el caso concreto, en función de la proporcionalidad señalada*”. Con cita de otros precedentes insiste en que los índices solo son un arbitrio tendiente a obtener un resultado que pondere objetivamente, en la mejor medida posible, una realidad económica, pero cuando el resultado es “objetivamente injusto”, esos índices deben ser dejados de lado. «*La realidad debe prevalecer sobre las fórmulas abstractas*», dice nuevamente el Máximo Tribunal.

Agregó que al liquidar el saldo de precio con base en un procedimiento genérico de actualización, prescindiendo del valor “actual” del inmueble, la solución se desentiende de las consecuencias “inequitativas” que ocasiona, y además transforman al resultado en una “**frente injustificada de lucro**” (fallo cit.).

Este precedente es muy relevante por cuanto brinda dos pautas de juicio muy claras que dan soporte a la idea de arbitrariedad sobre la base de una incorrecta ponderación de la realidad económica. Ellas son: **a)** que el juez debe reparar en la *proporcionalidad* entre la suma de dinero que compone el crédito a liquidar y el objeto del contrato (en ese pleito, el valor del inmueble objeto de venta) y **b)** que debe reparar también en la *actualidad* de los valores con los que dicha proporcionalidad debe ser juzgada (es decir, el objeto del contrato debe ser analizado como un valor actual, y no como una suma nominal meramente pretérita).

En esa misma línea se expediría poco tiempo después en la causa “*Delpech, Fernando Francisco*” (Fallos: 318:1345, del 06 de julio de 1995) donde en el marco de una ejecución de honorarios se juzgó una liquidación del crédito de un comisionista que operó en el alquiler de un inmueble. La Corte consideró que era arbitraria la sentencia que aceptó el criterio de cálculo utilizado por el demandante sin atender a que, por las circunstancias del caso, la aplicación de un fallo plenario conducía a un resultado irrazonable que prescindía de la realidad económica que tuvo en mira determinar y alteraba la relación entre el monto originalmente reclamado en concepto de honorarios y la cuantía de la condena establecida por la sentencia definitiva.

Criticó la decisión de la Cámara por desatender las consecuencias económicas generadas por los dos períodos de hiperinflación (octubre de 1986 hasta diciembre de 1991) con la consecuente distorsión de los precios de mercado, a la vez que no se hizo un examen “circunstanciado de la realidad económica”. En el caso, afirmó la Corte que el monto final de la liquidación excedía notablemente la conservación patrimonial y de lucro del actor; **esa solución no podía ser mantenida so color de un supuesto respeto al principio de la cosa juzgada.**

Destaco por último dos precedentes que también son relevantes.

El primero, el caso “*Arasa SA.*” (Fallos: 319:351, del 2 de abril de 1996) en el que se controvertía la arbitrariedad de una sentencia que hizo lugar a una demanda dirigida a obtener el cobro de daños y perjuicios resultantes de diferencias en el pago de una compra de productos químicos efectuada por YPF. En lo que aquí me interesa destacar, la Corte admitió el agravio del Estado Nacional afirmando que la decisión era arbitraria por cuanto *no ha reparado en que el resultado económico al que arriba no se corresponde en forma objetiva y razonable con los valores en*

juogo y se ha desentendido de las consecuencias patrimoniales de su fallo. Afirmó además que la sentencia de primera instancia, que determina la suma adeudada por la compradora (YPF), fijó una cantidad que no guarda relación alguna con el contrato original ni con el grado de cumplimiento del deudor. La condena, dijo la Corte, “**se traduce en un equivalente dinerario totalmente alejado de las prestaciones convenidas por las partes**” (cons. 5º, el resaltado no es original).

El segundo, el fallo “**Ferro de Goce, Haydée**” (Fallos: 326:259, del 25 de febrero de 2003) donde la Corte se expidió sobre la liquidación de un reclamo indemnizatorio motivado por un accidente de tránsito ocurrido en mayo de 1986. La condena fue de \$ 23.50 y liquidada en la etapa pertinente dio más de 3.000.000 de pesos a febrero de 2000. Los accionados —allí recurrentes— solicitaron la aplicación de la ley 24.283 de desindexación. El reclamo fue desestimado y la liquidación quedó firme. Recurrido ello, la Cámara confirmó lo resuelto en primera instancia. En el dictamen del Procurador —al cual la CSJN remite— se estudió la situación personal de la actora, la escasa gravedad de las lesiones sufridas y la entidad de los daños reconocidos y se concluyó que la suma millonaria que arroja la liquidación es “*claramente desproporcionada*”. Se dijo que ello es “un desquicio motivado por la aplicación automática de índices de indexación y tasas activas de interés”, agregando que esa desproporción emerge *in re ipsa* desde que “*se torna imperioso el examen de la realidad económica al momento de los pronunciamientos judiciales*”.

**III.3:** Todos estos precedentes permiten delinear un estándar de decisión relativamente claro y que puede sintetizarse de la siguiente manera: los jueces tienen el deber de ponderar prudente y circunstanciadamente la realidad económica existente al momento de adoptar una decisión.

De ello se sigue que en casos sumamente excepcionales (en los que el tiempo que insume el proceso judicial y los procesos inflacionarios que aquejan a nuestra economía alteran sustancialmente el valor del crédito controvertido) los jueces deben apartarse de liquidaciones hechas con base en pautas fijadas en resoluciones firmes si es que por su intermedio se arriba a un resultado que: **a)** implica una solución absurda de conformidad con la realidad económica (*in re* “Pronar...”, Fallos: 313:95) y que se desentiende de las consecuencias económicas que genera (*in re* “Arasa S.A.”, Fallos: 319:351) ; **b)** afecta la integridad del crédito del acreedor (*in re* “Kogan...”, Fallos: 308:1694); **c)** cristaliza “una grave e importante reducción del crédito ejecutado” (*in re* “Mieres”; Fallos: 315:2558); **d)** altera la necesaria relación de proporcionalidad que debe mediar entre el crédito de la parte y la contraprestación implicada en el negocio que motivó el pleito (*in re* “Melgarejo”, Fallos: 316:1972); **e)** se desentiende de las consecuencias inequitativas” que ocasiona, y además transforman al resultado en una fuente injustificada de lucro para una de las partes (*in re* “Melgarejo”; Fallos: 316:1972); **f)** reduce injustamente el crédito del actor (*in re* “Mieres”; Fallos: 315:2558); **g)** importa un equivalente dinerario “*totalmente alejado de las prestaciones convenidas por las partes*” (*in re* “Arasa SA”, Fallos: 319:351).

Es en este contexto que los jueces deben acudir a procedimientos tendientes a la tutela jurisdiccional del derecho de propiedad (“Mieres”; Fallos: 315:2558) y ello no puede ser omitido amparándose en el respeto al principio de la cosa juzgada (“Delpech”; Fallos 318:1345).

Todos los extremos requeridos para la aplicación de la doctrina reseñada se encuentran presentes en este caso.

Es más, entiendo que la totalidad de las variables de hecho que la Corte Federal históricamente ha considerado en sus precedentes se reúnen aquí: un resultado numérico absurdo contrastado con la realidad económica vigente al momento del fallo; una asimétrica relación entre el crédito del reclamante y la contraprestación que conformó el objeto del negocio que vinculó a las partes (el valor actual de la obra propiamente dicha), un lucro injustificado de la parte fallida, una reducción injusta —y agrego aquí, grosera— del crédito del actor y un alejamiento total de las prestaciones originalmente convenidas por las partes (CSJN, Fallos: 308:1694, 313:95, 315:2558, 316:1972, 318:1345 y 319:351).

Los agravios formulados por la recurrente no logran conmover la justicia de la decisión apelada. La circunstanciada y detallada ponderación de las variables económicas y cambiarias que rodean a este caso (tanto las pasadas como presentes) obligan a confirmar la decisión dado que, a la luz de la ya referenciada doctrina de la Corte federal, se vislumbra como un adecuado mecanismo en orden a la tutela jurisdiccional del derecho de propiedad ("*Mieres*"; Fallos: 315:2558), sin que con ello se altere el respeto al principio de la cosa juzgada ("*Delpech*"; Fallos 318:1345).

Tampoco puedo dejar de advertir que la alegada inimpugnabilidad e inmutabilidad de las decisiones pasadas, e incluso el resguardo de la cosa juzgada que invoca la recurrente en concepto de agravio, no parecen tener otro fin más que cristalizar un notorio y a la vez indisimulable beneficio para la fallida, cual es el de pagar un crédito cuarenta años más tarde con una suma simbólica que representa una fracción ínfima del monto total que le fuera reconocido en una sentencia; monto que luce minúsculo contrastado con la prestación originalmente cumplida por el acreedor.

**III.4:** En segundo lugar, para reajustar el crédito del modo y en el límite en que se lo ha hecho en primera instancia, entiendo que es necesario desplazar la prohibición de todo tipo de repotenciación de deudas vigente en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 declarando su incompatibilidad - en el caso concreto - con derechos constitucionalmente garantizados, como lo es el de propiedad del crédito (art. 17 CN).

Debe recordarse aquí que la propuesta del acuerdo resolutorio homologado en esta quiebra (31.5.1985) consistió en el pago del 100% de capital de los créditos verificados en siete cuotas semestrales consecutivas, **con el respectivo ajuste conforme Circular A- 185 del Banco Central de la República Argentina** ([www.scba.gov.ar/mev](http://www.scba.gov.ar/mev); resol. prescripción de cuotas concordatarias de fecha 4.12.2006 donde se reiteran los términos del acuerdo obrante a fs. 2652 y sentencia respectiva), ajuste, actualización, indexación o repotenciación **que se vio interrumpido por imperio de la ley 23.928.**

La circular utilizada por la fallida en su propuesta de acuerdo resolutorio luego homologada, contenía un índice de actualización que reflejaba "...diariamente una variación igual al valor de la tasa diaria equivalente a la tasa de interés efectiva mensual máxima para operaciones de crédito imputadas a los préstamos "Básico" y Adicional", excluidas aquellas

encuadradas en el punto 1.8 de la Circular Remon-1-22, vigente al día inmediato anterior a la fecha del índice”, con un factor de corrección.

Estimo que la aplicación de esta circular de operaciones activas (OPRAC), conteniendo índices de variación de la tasa de interés máxima, arrojaba resultados numéricamente superiores a los obtenidos por aplicación del índice de precios al consumidor – costo de vida-, y consecuentemente superiores al monto fijado equitativamente en la resolución apelada, por lo que se hace evidente que la reducción del crédito al 4% de su valor, es producto de aquella prohibición de reajuste.

El resultado numérico de la liquidación practicada por el apelante es la prueba más acabada del efecto que produce el nominalismo puro impuesto por la ley 23.928 sobre el crédito del actor.

Corresponde advertir que en modo alguno se pretende un embate genérico contra el nominalismo como sistema, lo que escaparía a la competencia de este Tribunal, y que los mecanismos utilizados en sede judicial para superar el nominalismo se muestran impotentes en el caso concreto.

Al decir de Sagüés, la ley vulgarmente llamada “de convertibilidad” presenta un ejemplo particular de inconstitucionalidad relativa. Es decir, en ciertos casos puede hallar convalidación constitucional, y en otros va contra la Constitución. Ambos dependerán de la invocación y prueba del agravio con resultados en concreto para cada supuesto (Sagüés Néstor P, “Invocación y prueba del agravio, para la consideración judicial del acuse de inconstitucionalidad de la norma indexatoria de los créditos laborales”, en ED-78-385, citado y ampliado por el mismo autor en “Discusión constitucional sobre la prohibición legal de indexar”, cita on line AR/DOC/3394/2001).

Debe ponderarse, asimismo, que la única posible recomposición del capital debe hacerse a través de su actualización por índices, ya que aun cuando pudiera echarse mano a los intereses como un medio indirecto, lo impiden las disposiciones propias de la ley concursal y del principio de cosa juzgada que limitó temporalmente la aplicación de los accesorios a la fecha de la sentencia de quiebra (Trigo Represas Félix, “El régimen de la ley 23.928 y sus modificaciones, la situación económica actual y posibles ‘remedios’ protectivos”, en “Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad”, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2002, p. 153 y siguientes).

**III.5:** Por otro lado, si bien este no ha sido un planteo expreso del acreedor, de una lectura atenta de los argumentos explicitados en la contestación a la expresión de agravios, surge claramente el debate constitucional que propone en virtud de la tensión entre su derecho de propiedad y la ley de convertibilidad, debate que impone la ponderación de los principios generales del derecho tal como lo hizo el juez de la instancia de origen. Es decir, que el planteo de inconstitucionalidad surge tácitamente.

Así lo explica la doctrina al decir que se infiere de la pretensión o de la excepción puesta en juego por los intervinientes en el juicio. Puede suceder, por ejemplo, que el litigante se resista a la posición fáctica del contrario, sin invocar la subversión del orden jurídico

supremo, y en esas circunstancias resulta factible colegir que el juez no actúa **motu proprio**, sino a impulso del justiciable (Mercado Luna Ricardo, "Control de oficio de la constitucionalidad", en JA-Doctrina, 1971-179).

En el mismo sentido, la Corte federal ratificó lo que sostuvo en sus dos antecedentes más relevantes para el tema: “—"Mill de Pereyra" y "Banco Comercial de Finanzas" [Fallos:324:3219, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30-11-2001; "Banco Comercial de Finanzas" -Fallos: 327:3117] y amplió la potestad de los jueces de ejercer un control oficioso de convencionalidad tutelando al pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y además agregó: ... “no podría impedirse por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía [CN] frente a normas locales de menor rango” (considerando 12, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis c. Ejército Argentino s. Daños y perjuicios”-sentencia del 27.11.2012, R401.XLIII; entre otros).

El mismo criterio ha sido reiterado nuestro máximo tribunal provincial (SCBA, “Correa Oscar c. Carboclor Industrias Químicas” -causa N°64.712 del 19-2-2002; causa n°81.577, "Guzmán Carlos Alfredo c. Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s. Indemnización por accidente de trabajo", sent. del 8-6-2005, causa 83.781, "Zaniratto Mabel Beatriz c. Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires s. Enfermedad accidente", sent. del 22-12-2004; causa L. 84.131, "Barreto Ricardo c. Dirección General de Cultura y Educación s. Enfermedad laboral", sent. del 8-6-2005; causa n°104.710, "F. H. J. s. Recurso de casación", del 25-8-2010, causa L. 97.573, "Pini Ana María c. Club Atlético Once Unidos s. Diferencias salariales", sent. del 23-11-2011, entre otros).

Rescato en particular el voto del Dr. Hitters quien hizo un meduloso desarrollo histórico de las diversas y zigzagueantes posturas sobre el tema, tomando como premisa base que “en nuestro país, la declaración de inconstitucionalidad, dicha en una causa judicial, con efectos limitados a las partes, no puede producir la descompensación del sistema de libre flotación de los poderes del Estado; y en todo caso si fuera así en nada cambia que exista o no pedimento de los justiciables. Ello, computando que la decisión de referencia, tiene viabilidad sólo en el proceso en que se dicta, y, por ende, no "deroga" al precepto discutido” (C. 79.083, "Dirección General Impositiva, incidente de revisión, art. 37, L.C. en autos: 'Cía. Ómnibus La Unión S.R.L. Concurso preventivo', del 18.11.2009).

En forma coincidente fue resuelto por esta Sala en numerosos precedentes ("Corbalán Miguel Angel c. Errecaborde Marcelo Eduardo s. Cobro ejecutivo", expte. 149.632 del 18.3.2014; causa nro. 142.750, "Rabaza, Luis Francisco c. Cooperativa de Trabajo Alfin Mar Ltda. y otro s. Cobro ejecutivo de alquileres", sent. del 24.09.2013 Reg. 230 S, Fº 1015/1022; causa nro. 154.558, "Banco Francés S.A. c. Ullua, María Celia s. Ejecución", sent. del 31.10.2013, Reg.274-S, Fº1205/17; causa nro 155.614, "Erbetta, Alberto Oscar c. Toro, Marcelo s. Ejecución hipotecaria", sent. del 27.02.2014 Reg.62-S Fº251/4; expte. 157.772- sent. del 30.6.2015, "Caro Nancy Elizabeth s. Quiebra (Pequeña), Reg. 156-S Fº 750/7, entre otros).

**III.6:** Los restantes agravios presentados por la recurrente tampoco son de recibo.

a. En primer lugar, no hay violación al principio de igualdad de los acreedores, como se alega en el memorial.

Como consecuencia del acuerdo de pago homologado el 31 de mayo de 1985, los acreedores admitidos cobraron el 100% de su créditos **actualizados** de acuerdo a la

circular A-185 del Banco Central, en siete cuotas semestrales venciendo la primera el 8 de noviembre de 1985 y la última 8 de noviembre de 1988 ([www.scba.gov.ar/mev](http://www.scba.gov.ar/mev); resol. prescripción de cuotas concordatarias de fecha 4/12/2006 donde se reiteran los términos del acuerdo obrante a fs. 2652 y sentencia respectiva), mientras que Pascali litigó casi 40 años para que se reconozca su acreencia, que se vio afectada del modo descrito, y todavía no ha cobrado mientras los otros acreedores terminaron de percibir sus créditos –reajustados- hace 21 años. Aun en la solución que propongo, entiendo que ha de percibir menos que los otros acreedores.

Además, y al tiempo en que se produjo la homologación del acuerdo resolutorio, la ley concursal por entonces vigente no permitía al deudor pagar menos del 40% de los créditos comunes (art. 44 2º parte ley 19.551). En aquellas épocas, la doctrina más autorizada en la materia insistía en que para no desnaturalizar ese porcentaje el pago debía ser inmediato. De no ser así, el juez -al momento de homologar- podía readecuar la propuesta incrementando el monto ofrecido por el deudor con los intereses al tipo corriente que cobre el Banco de la Nación al tiempo del pago (Cámara Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, ed. Depalma, v. II, pág. 833/4).

**b.** Finalmente, destaco que los principios generales del derecho aplicados por el Sr. Juez *a quo* (equidad, buena fe, protección de la persona como centro del sistema, abuso de derecho; art. 16 Código Civil ley 340) no implican —ni el recurrente explica cómo podría implicar—una aplicación retroactiva de normas civiles, incluyendo al Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015. El agravio, por este motivo, tampoco es fundado (art. 260 del CPCyC).

En suma, entiendo que la solución adoptada en primera instancia ha hecho una correcta ponderación de la realidad económica y las muy excepcionales características que el caso presenta. Por este motivo, y a la luz de la ya reseñada doctrina de la Corte Suprema, entiendo que la decisión debe ser confirmada (arts. 16, 1071 y ccdtes. del Código Civil ley 340; arts. 9, 10 y ccdtes. del CCCN; CSJN, Fallos: 308:1694, 313:95, 315:2558, 316:1972, 318:1345 y 319:351).

Por las razones y citas legales expuestas voto por la **AFIRMATIVA**

El Sr. Juez Dr. Ramiro Rosales Cuello votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

**A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:**

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación de Marexport S.R.L. y confirmar la sentencia apelada. II) Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. III) Imponer las costas a la apelante vencida (art. 68 del CPC) y diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967

**ASÍ LO VOTO**

El Sr. Juez Dr. Ramiro Rosales Cuello votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

## SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo, se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se rechaza el recurso de apelación de Marexport SRL y se confirma la sentencia apelada. **II)** Se declara la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928; **III)** Las costas se imponen a la apelante vencida (art. 68 del CPC) y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau Ramiro Rosales Cuello

Alexis A. Ferrairone

Secretario

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^