

PIZARRO
BUTELER
Directores

RAMÓN D. PIZARRO
ALFONSO BUTELER

Directores

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
Y EL IMPACTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

EL CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA
NACIÓN Y EL IMPACTO
EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO

ÁBALOS - ÁVALOS - BARRA - BELLOCCHIO - BUTELER
CORVALÁN - FERNÁNDEZ - GHAZZAOUI - GONZÁLEZ MORAS
JUSTO - MAIRAL - MARTÍN - MASSIMINO - MINORINI LIMA
ORGAZ - PALACIO DE CAEIRO - PERRINO - PINTO - PIZARRO
RAMOS MARTÍNEZ - SACRISTÁN - VERAMENDI - VIALE
Autores

ISBN 978-987-03-3483-5



9 789870 334835



42489020

THOMSON REUTERS
LA LEY

THOMSON REUTERS
LA LEY

 **INCLUYE**
VERSION *eBook*

THOMSON REUTERS
LA LEY

CAPÍTULO XIII

¿NOMINALISMO O VALORISMO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL? (UNA CUESTIÓN CENTRAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS)

Por *Estela B. Sacristán*⁽¹⁾

I. PLANTEO

Cuando contratamos, lo hacemos con la expectativa de equivalencia en el valor de las contraprestaciones. Caso contrario, sentiríamos estar ante una injusticia, o ante una inesperada liberalidad. Para hacer frente a aquella injusticia, se suele contratar en moneda extranjera: es que contratar con precio en moneda extranjera —dólares estadounidenses, por ejemplo— evita los problemas que sufrimos, derivados de la indisciplinada emisión (que causa envilecimiento de la moneda de curso legal), seguida de los aumentos de precios y panorama inflacionario en general. Se contrata en moneda extranjera como reaseguro. Si se contrata, además, en un país en el cual está prohibida la indexación, más sentido cobra la adopción de la fórmula de “precio en moneda extranjera”, moneda que será fuerte y corresponderá a economías más o menos estables y predecibles.

Este panorama está hoy reglado en el art. 8º⁽²⁾, ley 25.561 (prorrogada hasta el 31/12/2019 por art. 1º, ley 27.345), que prohíbe la

(1) Doctora en Derecho (UBA, 2006, tesis calificada sobresaliente). Profesora de Derecho Administrativo (UCA) y de Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral).

(2) “Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, compren-

indexación de deudas en los contratos públicos, y los arts. 7º⁽³⁾ y 10⁽⁴⁾, ley 23.928, que prohíbe la indexación en todos los contratos. Y estará complementado por el art. 765 del nuevo Código Civil y Comercial, que le permite al deudor en una obligación en moneda extranjera, "liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal". Si se contrató en moneda de curso legal, el acreedor no recibirá ajuste por depreciación monetaria (aunque sea de público conocimiento dicha depreciación). Si se contrató en dólares estadounidenses, el deudor se liberará pagando su equivalente al cambio oficial (aunque sea de público conocimiento la brecha entre la cotización oficial y no oficial).

Ahora, en rigor, si se contrata en moneda extranjera es como reaseguro ante el riesgo de envilecimiento de la moneda de curso legal seguido del no reconocimiento del ajuste por inflación. A tal reaseguro debería poder tener acceso incluso el contratista estatal. Entonces, podemos preguntarnos si un sistema jurídico, que reconociera el ajuste por inflación, mantendría la justicia de las obligaciones y desincentivaría la contratación en moneda extranjera, neutralizando los llamativos efectos del citado art. 765.

Por ende, se impone preguntarnos acerca de la procedencia del ajuste por inflación en nuestro país, en el contexto normativo des-

didados entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (US\$ 1)".

(3) "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto".

(4) "Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar".

cripto, es decir, el de prohibición de indexación (precios contratados en moneda de curso legal) y de liberación mediante cotización al cambio oficial (precios contratados en moneda extranjera).

Esa procedencia del ajuste por inflación ha venido manifestándose en los últimos años. Es por ello que, luego de una ubicación de la temática dentro del texto de la Constitución Nacional, y algunas aclaraciones terminológicas (sección II), repasaremos la experiencia argentina ante el fenómeno inflacionario (sección III) indicando las manifestaciones normativas o jurisprudenciales que van avalando la procedencia de la indexación de deudas (sección IV). Ello echará luz en la cuestión de cómo la tesis nominalista no posee el predicamento que creíamos que posee, al menos en el plano normativo.

II. INSERCIÓN CONSTITUCIONAL. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

La expresión "valor de la moneda" parece tener una cadencia etérea y escurridiza en lo que hace al valor, y una nota doméstica y cotidiana en lo que hace a la moneda misma. Colmada de historia argentina, esa expresión se consagró, en cuanto a su "fijación", en la Constitución de 1853⁽⁵⁾; empero, en lo relativo a su "defensa", halló su ruta hacia el texto expreso de la Constitución Nacional solo en 1994. En efecto, en ese año el constituyente incorporó, como competencia del Congreso, la de *proveer lo conducente (...) a la defensa del valor de la moneda* en el art. 75, inc. 19. De esa manera, creímos alcanzar tranquilidad ciudadana: el valor o equivalencia de nuestros pesos iba a ser objeto de especial resguardo ante las adversidades. El Congreso tendría tres vitales responsabilidades: regular al emisor de la moneda⁽⁶⁾, fijar el valor de la misma⁽⁷⁾ y, además, defender ese valor⁽⁸⁾.

En 1994, y hasta antes de la crisis de 2001/2002, el art. 75, inc. 19, podía ser razonablemente leído en el sentido de que contenía una

(5) Constitución de 1853, art. 64, inc. 10.

(6) Art. 75, inc. 6º, CN.

(7) Art. 75, inc. 11, CN.

(8) Art. 75, inc. 19, CN.

obligación legislativa⁽⁹⁾ o manda a fin de que el Congreso protegiera la equivalencia de un peso igual a un dólar estadounidense fijada en la ley de convertibilidad de 1991⁽¹⁰⁾. Así las cosas, el mentado inciso se erigía en puro autocumplimiento: era casi innecesario defender un valor regulado en una ley; si la realidad era lo dado, lo existente⁽¹¹⁾, la norma parecía corresponderse con un banco central respaldando el valor de cada peso circulante⁽¹²⁾. Incluso —aprendiendo del pasado y con la mirada puesta en el futuro—, el Constitucionalismo afirmaba que la cláusula constitucional de “defensa del valor de la moneda implica[ba] prohibir la emisión sin respaldo”⁽¹³⁾. En esa escena, para no trasladar inflación pasada al futuro, el legislador prohibía la indexación⁽¹⁴⁾.

Pero en ocasión de la mencionada crisis, desanudado el peso respecto del dólar estadounidense en virtud de la ley de emergencia⁽¹⁵⁾, mas manteniéndose la prohibición de ajustes de la época de la convertibilidad⁽¹⁶⁾, la manda de defensa del valor de la moneda del inc. 19 pareció ser objeto de una suerte de demolición: pasa-

(9) Así la denomina GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, t. II, 4ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 200.

(10) Ley 23.928, art. 1º: “Declárase la convertibilidad del austral con el dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1º de abril de 1991, a una relación de [un peso] por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la presente ley”.

(11) ANDER-EGG, Ezequiel, *Técnicas de investigación social*, 24ª ed., Lumen, Buenos Aires, 1995, p. 19.

(12) Ley 23.928, art. 4º: “En todo momento, las reservas de libre disponibilidad del Banco Central de la República Argentina en oro y divisas extranjeras, serán equivalentes a por lo menos el 100% de la base monetaria”.

(13) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., t. II, p. 200, con cita de BIDART CAMPOS, Germán, J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 385.

(14) Ley 23.928, art. 10. Ampliar en RAPOPORT, Mario, *Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2003)*, Ariel, Buenos Aires, 2006, p. 792.

(15) Ley 25.561, art. 3º: “Deróganse los artículos 1º (...) de la Ley 23.928 con las modificaciones incorporadas por la Ley Nº 25.445”.

(16) Art. 4º: “Modificase el texto de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 10 de la Ley Nº 23.928 y su modificatorio, que quedarán redactados del siguiente modo: (...) “Artículo 10. — Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de reopotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamenta-

mos a necesitar mucho más que un peso para adquirir un dólar estadounidense⁽¹⁷⁾. Y en forma concomitante, los precios de los bienes y servicios —excluyendo los congelados por la ley de emergencia⁽¹⁸⁾— comenzaron a elevarse en un *continuum* que no cesa, en franca agresión a los derechos de *propiedad* del art. 17, CN.

Dos fuerzas, entonces, se instalaron entre nosotros, pareciendo condicionar una a la otra⁽¹⁹⁾: por un lado, la decisión oficial —con rasgos de justicia distributiva— de defender hoy el valor de la moneda vedando todo ajuste o indexación pues permitirlo produciría —entre otros efectos futuros— la malhadada inflación que todos conocemos; y, por el otro, la batalla de los acreedores —en las relaciones conmutativas— por la protección de sus actuales erosionados créditos, de su ahora deteriorada propiedad. Así, se enfrentaron dos fuerzas con un elemento decisivo entre medio: el índice, la indexación. ¿Triunfaría la defensa del valor de la moneda, a costa de la realidad, o los derechos de propiedad?

Es el fenómeno descripto —con sus facetas jurídicas, económicas y éticas, prácticamente universales y atemporales—, el que me lleva a repasar, siquiera brevemente, algunos conceptos vinculados al mismo, tales como los de depreciación, inflación, nominalismo, indexación, entre otros (sección II), para luego indagar en la experiencia argentina en la materia, haciendo hincapié en lo relativo a la veda de ajuste y en punto a la determinación del índice mismo (sección III), pues es en ese campo que parecerían haber cruzado

ria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar”.

(17) Según LOWENFELD, Andreas F., *International Economic law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, ps. 726 y 728, se pasó de dos pesos para adquirir un dólar en diciembre de 2001, a dos pesos al mismo fin en marzo de 2002; y a más de cuatro pesos posteriormente, lo cual es de público conocimiento.

(18) V.gr., los servicios públicos, con tarifas congeladas en virtud del art. 8º de la ley 25.561, con licenciatarias y concesionarias que todavía no han logrado obtener el cuadro tarifario nuevo a aplicar como fruto de la renegociación: ver http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf, al 14/8/2017, p. 2, “acuerdos resueltos ratificados por el Poder Ejecutivo nacional mediante decreto”.

(19) Sobre cómo la justicia distributiva puede condicionar la justicia conmutativa ver GUIBOURG, Ricardo A., “Mercado entre dos justicias”, en su *Provocaciones en toro del derecho*, Edudeba, Buenos Aires, 2002, ps. 115/119, esp. p. 118.

espadas las dos tendencias aludidas. Finalmente, esbozo una reflexión final (sección IV).

Cuando se habla de fenómenos como los del planteo, suelen aparecer pluralidad de expresiones —de *pedigree* económico más que jurídico— que vale la pena, siquiera sucintamente, repasar; así, conviene rever las nociones de depreciación, apreciación, devaluación y revaluación; inflación; nominalismo y valorismo; estabilización, índices e indexación, entre otros términos específicos.

1. Depreciación. Apreciación. Devaluación. Revaluación

En el campo de los tipos de cambio, cuando disminuye el valor de la moneda de un país en relación con el de otra, se dice que la moneda nacional sufre una depreciación, mientras que la extranjera sufre una apreciación⁽²⁰⁾. Esa depreciación difiere de la devaluación o desvalorización. Esta tiene lugar cuando desciende el tipo de cambio, respecto de una moneda o canasta de monedas, fijado por el gobierno de un país; en cambio, si asciende, se opera una revaluación⁽²¹⁾. La depreciación (y apreciación) será un fenómeno económico consistente en la pérdida (o adquisición) de poder de compra en el mercado, al tiempo que la devaluación (y la revaluación) se originará en actos legislativos⁽²²⁾.

Ya en el plano doméstico, se obtendrá el resultado depreciación aumentando la cantidad de moneda circulante. En esa escena, la

(20) SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D. (RABASCO, Esther y TOHARIA, Luis, trads.), *Economía*, 16ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 664; en similar sentido, MANN, F. A., *The Legal Aspect of Money*, 5ª ed., Clarendon Press, Londres, 1992, ps. 98/99.

(21) SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economía*, cit., ps. 664/665; MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., p. 60.

(22) NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law. National and International. A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, The Foundation Press, Inc., Brooklyn, 1950, ps. 171/172, donde brinda el ejemplo de la devaluación del 31/1/1934, que puso fin a la depreciación que había comenzado con la Proclama Presidencial 2039, del 6/3/1933, prohibiendo exportaciones de oro y plata, y transacciones con el exterior, seguida de la resolución conjunta de ambas cámaras del Congreso suspendiendo el patrón oro y abrogando la cláusula oro del 5/6/1933, registrada como H. J. Res. 192, 73ª Cong., 1ª Sess. En igual sentido, BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 3, 3ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 90, y sus citas.

depreciación resultante favorecerá a los deudores a expensas de los acreedores, y esa depreciación alentará las exportaciones y tornará difíciles las importaciones⁽²³⁾.

2. Inflación

Resulta arduo arribar a un concepto unívoco de inflación; ello pues para algunos autores es un efecto, al tiempo que para otros, es una causa.

Adoptando la primera de las interpretaciones señaladas, se enseña que el signo monetario aumenta en valor, o se desprecia o desvaloriza según la cantidad de circulante y de depósitos bancarios que haya, en comparación con el volumen de los bienes existentes: si el dinero crece en cantidad más rápidamente que el conjunto de bienes y servicios, los precios suben, o, en otros términos, la moneda se deprecia; el resultado es la inflación⁽²⁴⁾. De este modo, la inflación será el efecto de esa sobreoferta en relación a los bienes y servicios.

Siguiendo en esa postura interpretativa, considerando a la moneda una mercancía sujeta a las fluctuaciones de la oferta y la demanda⁽²⁵⁾, los partidarios del *monetarismo* o *quantity theory* dirán que un aumento en la oferta monetaria conducirá a la inflación; pero, con rasgos de abandono de esa interpretación, los *keynesianos* dirán que ello solo en el supuesto de pleno empleo⁽²⁶⁾, además de admitirse la posibilidad macroeconómica de una inflación deli-

(23) VON MISES, Ludwig, *The Theory of Money and Credit* (BATSON, H. E., trad.), Liberty Fund, Indianapolis, 1980, p. 251.

(24) LLAMBÍAS, Jorge J. (RAFFO BENEGAS, Patricio, actual.), *Tratado de derecho civil. obligaciones*, t. II-A, 4ª ed., Emilio Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 188. En similar sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Derecho monetario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 139: "Y es éste, el valor de cambio o poder adquisitivo, el que la inflación deprecia o agota, haciendo que cada día que pasa se puedan adquirir menos bienes o servicios con la misma cantidad nominal de dinero".

(25) Así la considera BRANA, Sophie - CAZALS, Michel, *La Monnaie*, 2ª ed., Dunod, Paris, 2006, p. 21. En igual sentido, BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed. aum., Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 662.

(26) BAILEY, Stephen J., *Public Sector Economics. Theory, Policy and Practice*, 2ª ed., Palgrave, Londres, 2002, p. 90 y 94; GOUX, Jean-François, *Inflation, Désinflation, Déflation*, Dunod, Paris, 1998, ps. 52/53 y 82.

berada, planificada y no resistida para predecir el nivel de precios con certeza⁽²⁷⁾.

Sin necesidad de calificar a la inflación como causa o efecto, cierta doctrina económica definió al *inflacionismo* como aquella política monetaria que apunta a aumentar la cantidad de moneda sin sospechar que así disminuirá el poder adquisitivo de la misma, así como a la que favorece a los deudores a expensas de los acreedores alentando las importaciones y dificultando las importaciones, así como a la que establece una inflación condicional como suerte de impuesto aconsejable en ciertas circunstancias, sobre todo cuando ya no se pueden elevar más la carga fiscal o el Estado no logra colocar deuda⁽²⁸⁾.

El fenómeno apasiona a pluralidad de disciplinas. Se ha afirmado que cualquier consideración ética de la cuestión determinará la injusticia⁽²⁹⁾ intrínseca de la inflación cuando el significado económico actual de una suma de dinero diste del que originariamente había tenido. El derecho político rechaza la función política de la inflación, v.gr., la de aquella política antidemocrática por medio de la cual se engaña a la opinión pública para la supervivencia de un sistema de gobierno que nunca podría obtener el consentimiento de la ciudadanía si a esta se le hicieran saber las verdaderas circunstancias reinantes⁽³⁰⁾. Y el derecho constitucional verá siempre agravada la justicia conmutativa cuando "procesos inflacionarios intensos y extendidos distorsionen el valor nominal de la moneda"⁽³¹⁾, amén

(27) VICKREY, William, "The Optimum Trend of Prices", en ARNOTT, Richard - ARROW, Kenneth - ATKINSON, Anthony B. - DRÈZE, Jacques H. (eds.), *Public Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, ps. 398/409, esp. p. 409. Cfr. VON MISES, Ludwig, *The Theory...*, cit., ps. 252/255, donde critica toda forma de inflación, enfatizando que es un error pensar que la depreciación de la moneda estimula la producción.

(28) VON MISES, Ludwig, *The Theory...*, cit., ps. 251/253.

(29) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, 7ª ed. actual., Emilio Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 174; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II-A, p. 263; LLAMBIAS, Jorge J., "¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?", en ED 63-871/886, esp. p. 876, cit. en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "La indexación de las deudas dinerarias como principio constitucional", en ED 72-697/703, esp. p. 698.

(30) VON MISES, Ludwig, *The Theory...*, cit., p. 255.

(31) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., t. II, p. 170, y su remisión a su t. I, p. 9.

de fallar en el sano sentido de que la defensa del valor de la moneda "implica prohibir la emisión sin respaldo" desechando eventuales políticas desarrollistas inflacionarias⁽³²⁾. Se percibe, así, a la inflación, como una expropiación forzosa sin indemnización, *i.e.*, como una confiscación⁽³³⁾.

3. Nominalismo, valorismo

El nominalismo —o privilegiar los términos nominales— ha sido conceptualizado como mantenimiento inalterable las sumas, independientemente de las fluctuaciones en el poder adquisitivo de la moneda, al tiempo que el valorismo —o privilegiar los términos reales— ha sido caracterizado por el mantenimiento de ese poder adquisitivo⁽³⁴⁾. La "superación del nominalismo" se yergue como "un imperativo de justicia"⁽³⁵⁾, siendo la justicia "el valor supremo del derecho, su meta"⁽³⁶⁾.

Una forma de consagrar el nominalismo es fijar una convertibilidad de la moneda (por ej., un peso circulante igual a un dólar estadounidense atesorado por un banco central), en un contexto de cambio fijo (donde un dólar siempre equivale a un peso), adosándola como cláusula implícita en todos los contratos, como lo hizo la ley de convertibilidad 23.928 en 1992, con el consiguiente resultado de inflación igual a cero e, incluso, alguna deflación en los primeros tiempos⁽³⁷⁾. Se vela por el valorismo, en cambio, atendiendo a los diversos medios que a continuación se repasan.

(32) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., t. II, p. 200, n. 451; DALLA VIA, Alberto R., *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 578; ambos, con cita de BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 385.

(33) GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 448; BIDART CAMPOS, Germán J., "La indexación...", cit., p. 700.

(34) VON MISES, Ludwig, "On the Classification of Monetary Theories", en su *The Theory of Money and Credit* (BATSON, H. E., trad.), Liberty Fund., Indianapolis, 1980, ps. 503/524, esp. p. 523.

(35) MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Derecho monetario...*, cit., p. 139.

(36) Ídem n. 31.

(37) RAPOPORT, Mario, *Historia...*, cit., p. 793, donde indica una inflación de 481.7% en 1988; 5402.5% en 1989, 3.2% en 1992; -6.3 en 1998; 1.1% en 1999.

4. Estabilización. Índices. Indexación

La protección ante la pérdida de valor se sirve de cláusulas de estabilización, como, por ej., el ajuste en función del nivel general de precios, acudiéndose a índices de precios o de otra clase⁽³⁸⁾. Esos índices reflejarán los cambios en los precios de bienes y servicios. La indexación sería, así, la "revaluación de la deuda de dinero en función de los índices oficiales que, al medir las oscilaciones del costo de la vida (precios al consumidor), de los precios mayoristas, del valor de la construcción, etc., dan una pauta indirecta acerca de las variaciones experimentadas por la moneda en su poder adquisitivo"⁽³⁹⁾. Puede destacarse que tal proceso ha sido fundado en razones de justicia o equidad⁽⁴⁰⁾.

Un antiguo antecedente de cláusula de indexación data de 1575, y puede afirmarse que la indexación ha sido utilizada, regularmente, a partir de fines del siglo XIX, sea como cláusula de costo de vida o como escala móvil, incluíble, por ej., en convenios colectivos en lo relativo a sueldos, con efectos automáticos o de reapertura de la negociación colectiva⁽⁴¹⁾. Por cierto, la utilización de índices no es la única forma para obtener la protección del valor: también se han utilizado cláusulas basadas en *commodities*; así ha habido empréstitos con bonos reajustables según el precio de la avena, entre otros muchos supuestos citables⁽⁴²⁾.

Una mirada retrospectiva a la jurisprudencia estadounidense permite recoger la amplia aceptación de la indexación en la práctica⁽⁴³⁾, y lo mismo ocurre a partir de legislación de nuestro país que

(38) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II-A, p. 258 y sus citas en n. 171; MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., p. 146.

(39) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II-A, p. 262.

(40) TROTMAN-DICKENSON, Danusia I., *Economics of the Public Sector*, Macmillan, Londres, 1996, p. 162; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II-A, ps. 262/263; BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 174 y ss.

(41) MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., p. 164; NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law...*, cit., ps. 302/303.

(42) Por todos, NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law...*, cit., ps. 301/302.

(43) "Shaughnessy v. REC Centers Inc.", 361 So 2d 807 (Fla. App. 4 Dist. 9 Aug. 1978); "Enchanted World Doll Museum v. Buskohl", 398 N.W. 2d 149 (S.D. 23 Dec. 1986); "Branstad v. Branstad", 400 N.E. 2d 167, 171 (Ind. App. 5 Feb. 1980); entre otros.

se ha hecho eco de la necesidad de indexación de deudas⁽⁴⁴⁾, sin perjuicio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina⁽⁴⁵⁾. Todo ello, en el marco de la confrontación entre política antiinflacionaria y protección de los derechos de propiedad. Veamos:

III. LA EXPERIENCIA ARGENTINA. REPLANTEO

Los conceptos repasados se advierten en dinámico juego hoy, en un marco de fuerzas aparentemente divergentes, a partir de la sanción de la ley 25.561, con su prohibición de ajustes por inflación o indexaciones para no malograr el valor de la moneda, para evitar inflación futura, más el costo de soportar la erosión de los derechos de propiedad a juzgar por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que utilizamos en las transacciones más nimias. De este modo, lo que parecía justificado por la emergencia que se intentaba domeñar, con el paso de los años, parecería haber devenido puro agravio constitucional. Y se transferiría, con carácter más amplio, en el nuevo Código Civil y Comercial.

¿Cómo se concilian, entonces, la prevención de desvalorización futura de la moneda con la desvalorización operada entre enero de 2002 y el presente? ¿O es que se está ante un costo inevitable, que el derecho no puede neutralizar?

La respuesta jurídica a la pregunta ha comenzado a perfilarse en dos series de pronunciamientos. Por un lado, pueden considerarse las decisiones sobre reajuste de haberes previsionales⁽⁴⁶⁾, así como

(44) Así, las enumeradas en MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Derecho monetario...*, cit., p. 177: dec.-ley 6590/1962; leyes 19.144, 19.979, 21.362 y dec. 1529/1976; leyes 21.391, 21.508 y 21.581.

(45) Por todos, el legendario "Fernández, Juana Vieytes de c. Pcia. de Buenos Aires s/cobro ordinario de alquileres", Fallos 295:973 (1976), en el cual se hizo justicia "sin" invocarse norma positiva alguna, al igual que en "Siri", Fallos 239:459 (1957); ver, con provecho, Rossi, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000, ps. 170/172; y la entrevista que se le realiza, reproducida en Rossi, Abelardo F., *Algunos modos del saber humano*, El Derecho, Universitas, Buenos Aires, 2003, p. 58.

(46) Se trata de una evolución que, con posterioridad a 2002, abarca "Cura, Julio", Fallos 325:1619 (2002); "Casella, Carolina", Fallos 326:1431 (2003); "Domínguez, Amparo C.", Fallos 326:1436 (2003); "Makler, Simón", del 20/5/2003; "Tudor, Enrique J.", Fallos 327:3251 (2004); "Spitale, Josefa E.", Fallos 327:2731 (2004); "Sánchez, M. del

las relativas a la interpretación de los alcances de la intangibilidad en la remuneración de los magistrados⁽⁴⁷⁾ en tanto privilegiarían los valores reales por sobre los nominales. En este movimiento se inserta la jurisprudencia que admite el denominado "ajuste por inflación" para el supuesto de impuesto a las ganancias. En este movimiento también se podría incluir aquella jurisprudencia que ha comenzado a delinear lo relativo a la determinación del "índice" que refleja los cambios en los precios de los bienes y servicios que, ulteriormente, darán sustancia a la "indexación".

Por razones de extensión, dedico los párrafos que siguen al proceso que concluyó con la readmisión constitucional del "ajuste por inflación" en el supuesto de impuesto a las ganancias, y al que admitió la revisión judicial en un específico aspecto relativo al mencionado "índice". Dada la riqueza de ambos planteos, de ellos pueden extraerse extremos acerca de los aspectos sustanciales y formales involucrados en cómo neutralizar el costo derivado de proteger el valor de la moneda a costa de los derechos de propiedad.

Carmen", Fallos 328:2833 (2005); "García, Ana Esther", Fallos 328:2824 (2005); "Gemelli, Esther N.", Fallos 328:2829 (2005); "Brochetta, Rafael A.", Fallos 328:3975 (2005); "Redondo de Negri, Irma H.", Fallos 328:3985 (2005); "Massani de Sese, Zulema M.", Fallos 328:4044 (2005); "Arrues, Abraham D. S.", Fallos 329:2146 (2006); "Lizarraga, Moisés C.", Fallos 329:2347 (2006); "Badaro, Adolfo V.", Fallos 329:3089 (2006); "Pellegrini, Américo", Fallos 329:5525 (2006); "Blume, Orlando", 13/11/2007, B. 863. XXXIX; "Badaro, Adolfo V.", Fallos 330:4866 (2007); "Cirillo, Rafael", del 27/5/2009; "Elliff, Alberto J.", del 11/8/2009.

(47) Pueden verse CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, "Otero, Luis C. c. EN - CS - CM s/art. 110 CN s/empleo público", del 29/6/2007, suscripta por los Dres. María Angélica Gelli, Alberto B. Bianchi y Rafael M. González Arzac (en disidencia parcial); CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, "Botto, Ernesto R. y otros c. EN - CS - CM s/art. 110 CN s/empleo público", del 20/6/2008, suscripta por los Dres. Eduardo Mer-tehikian, Norberto Padilla y Juan V. Sola; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, "Alterini Jorge H. y otros c. EN - CS - CM s/art. 110 Constitución - s/empleo público", del 12/6/2008, suscripta por los Dres. Alberto B. Bianchi, Pablo E. Perrino y Rafael M. González Arzac (en disidencia); CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, "Del Castillo, Miguel J. y otros c. EN - CS - CM s/art. 110 CN", del 5/2/2008, suscripta por los Dres. Rafael González Arzac, Ismael Mata y Alberto B. Bianchi (en disidencia parcial).

Cfr., empero, las convalidaciones de limitaciones locales a las remuneraciones de los magistrados en O. 113. XLIV, "Oliva, Antenor R. y otros c. p.cia. de Córdoba s/amparo", del 23/6/2011; M. 508. XLIV, "Morales, Fernando T. y otros c. Pcia. de Córdoba s/amparo", del 12/7/2011, entre otros.

1. Tributos e inflación, una combinación gravosa

La vida de los tributos, en épocas de inflación, adquiere características particulares, según se la aprecie desde la esfera de los ingresos públicos, o desde la esfera de ciertos tributos que pagan los contribuyentes.

Desde el lado de los ingresos públicos, la sola inflación produce el denominado efecto Tanzi o efecto Tanzi-Oliveira, por el cual, cuanto más alta es la tasa de inflación, sin mediar evasión o administración recaudatoria ineficiente, menos recauda el Estado: una inflación mensual del 20% genera una caída de la recaudación, en términos reales, del 40%. Entiendo que esa caída de la recaudación genera un injusto daño a los sectores de la población que potencialmente necesitan de los servicios estatales (educación, salud, justicia, etc.). Por supuesto, si sucede lo contrario (caída de la inflación) se produce un aumento de la recaudación. La Argentina conoce muy bien ambos supuestos⁽⁴⁸⁾.

Desde la óptica de las cuentas de los particulares, la inflación sin posibilidades de indexación afecta el aspecto fidedigno de los balances, así como la valuación de las acciones⁽⁴⁹⁾. En lo que hace al impuesto a las ganancias, indexar implicaría atar el mínimo no imponible, o los márgenes de las categorías, al índice de precios minoristas, a fin de reflejar los cambios en el nivel de los precios: un aumento en el índice de precios minoristas debería corresponderse con un aumento del mínimo no imponible si media apego a los términos reales⁽⁵⁰⁾. En lo que hace a los impuestos que gravan el patrimonio, contabilizar un aumento en el valor de los activos podría resultar ilusorio en épocas de inflación: la doctrina especializada enseña que si el nivel general de precios aumenta un 100%, el dueño de un bien que aumentó su valor un 100% no estará en situación de ventaja, pero ese aumento del 100% en el valor será

(48) Por ej., en ocasión de la hiperinflación del invierno de 1989, conf. TANZI, Vito, *Argentina. An Economic Chronicle. How one of the richest countries in the world lost its wealth*, Jorge Pinto Books, Inc., New York, 2007, cap. III, esp. ps. 35/36; aumento de la recaudación un par de años después de la entrada en vigencia de la ley 23.928 de convertibilidad, conf. ver RAPOPORT, Mario, *Historia...*, cit., ps. 795/796.

(49) MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., p. 104.

(50) TROTMAN-DICKENSON, Danusia I., *Economics...*, cit., p. 162.

gravable, salvo que se permita el ajuste mediante indexación⁽⁵¹⁾. En cuanto a los impuestos que gravan el consumo, es a todas luces evidente que no es lo mismo el 21% de 100 que el 21% de 200, y en este último supuesto la carga tributaria aumenta sin cambios en la alícuota, con mayor afectación de los bolsillos de los pobres. Muestra de la receptividad hacia estos fenómenos —o admisión solapada del mismo— es, en la Argentina, la movilidad en la determinación del mínimo no imponible a efectos del impuesto a las ganancias que tributan los trabajadores en relación de dependencia⁽⁵²⁾, pero la sola demora o *lag* en esa redeterminación seguiría siendo nociva, sin perjuicio de lo señalado sobre impuestos al consumo.

2. De Aristóteles a las trampas

No obstante la evidencia aludida, a esta altura correspondería detenerse en algunas de las críticas⁽⁵³⁾ que se habrían formulado a la indexación, v.gr., a la posibilidad de traer las sumas a términos reales. Tales críticas se fundarían en que (i) Aristóteles, en su *Ética Nicomaquea*, (V.v) habría propiciado únicamente el nominalismo; (ii) mediante la indexación, todos los riesgos se trasladan al deudor; (iii) su aplicación tiene efectos inflacionarios; (iv) los índices disponibles no carecen de arbitrariedades o trampas. Ahora:

En punto a (i), el rechazo aristotélico a todo lo que no fuera nominalismo⁽⁵⁴⁾ parecería haberse basado en un pasaje en el cual Aristóteles afirma: “la moneda ha venido a ser, debido a una convención voluntaria, una especie de representante de la necesidad. Por ello, lleva el nombre de moneda (nómisma), porque su existencia no es debida a la naturaleza, sino a la ley (nómos), y de no-

(51) TROTMAN-DICKENSON, Danusia I., *Economics...*, cit., ps. 222 y 253

(52) Para un ejemplo de instrucción presidencial, a la AFIP, sobre mínimo no imponible para el pago del impuesto a las ganancias, ver: <http://www.casarsada.gob.ar/informacion/archivo/6165-el-gobierno-dispuso-aumentar-en-un-20-el-minimo-no-imponible-para-el-impuesto-a-las-ganancias> (último acceso: 14/8/2017)

(53) NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law...*, cit., ps. 306/307 y MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., ps. 89 y 92.

(54) ARISTÓTELES, *Obras completas*, t. I, Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 145; ver, asimismo, MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., p. 92.

sotros depende muda su valor y hacerla inútil”⁽⁵⁵⁾. Este pasaje es comentado por Santo Tomás en el sentido de que “[d]e aquí nace que al dinero se le llame *numisma*, porque *nómos* quiere decir ley, puesto que el dinero no es medida por naturaleza, sino *nómo*, vale decir, por la ley, pues se halla en nuestra potestad mudar el dinero y hacerlo inútil”⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, cierta doctrina tributaria ha señalado que, desde un punto de vista puramente etimológico, se ha vinculado al nominalismo al término *nomen*, que en latín se refiere a nombre, también denominado *onoma* en griego, etimología que desplazaría el vínculo entre nominalismo y *nómos* o ley en griego⁽⁵⁷⁾. Por su parte, Finnis alude a la moneda como “institución convencional”, lo cual desplazaría la traducción de *nómo* como ley para darle significado de acuerdo⁽⁵⁸⁾. Finalmente, habría supuestos de justicia conmutativa en términos aristotélicos, resueltos por la Corte Suprema argentina, en los cuales el nominalismo ha sido desplazado⁽⁵⁹⁾.

En cuanto a (ii), la no indexación ubica, en forma arbitraria, todo el costo de la depreciación en el acreedor, quien percibe menos. Ello no significa, en sentido estricto, que la no-indexación beneficie al deudor pues la depreciación, sin indexación, solo beneficia al deudor cuando la depreciación es inesperada⁽⁶⁰⁾: lo usual sería que el costo respectivo esté previsto en el precio (más elevado) que percibe el acreedor, o que se adopte una moneda diferente, estable (dura). La predictibilidad o impredictibilidad de la depreciación es asociable a la denominada “teoría de la intención presumida”, de cuño británico, que, de la mano de Lord Denning, ha permitido soslayar efectos nominalistas *noscivos*⁽⁶¹⁾. La Corte Suprema ar-

(55) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *La justicia. Comentarios al libro quinto de la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1946, p. 152.

(56) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *La justicia...*, cit., p. 154.

(57) BROKELIND, Cécile, “Discussion of Some Legal Issues Raised by the Introduction of the Euro”, en *CFE Working Paper Series*, Centre for European Studies at Lund University, Suecia, 1999-2004, nro. 25.

(58) FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 201.

(59) ROSSI, ABELARDO F., obras citadas en nota 45.

(60) VON MISES, Ludwig, *The Theory...*, cit., p. 252.

(61) *In re* “Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co.”, del año 1978, en LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Butterworths, Londres, 1979, p. 48.

gentina se ha hecho eco de la inclusión, en los precios contractuales, de la esperable depreciación posterior⁽⁶²⁾.

El conocido (ii), lindante con el círculo vicioso, me lleva a considerar que los efectos de la inflación pesarán, como costo, sobre toda la sociedad pues se produce la erosión de la moneda de la cual toda la sociedad dispone, al tiempo que los efectos de la no indexación —con la finalidad de prevenir la inflación— recaerán en determinadas porciones de la sociedad. La doctrina⁽⁶³⁾ y la Corte Suprema se han detenido en esos efectos inflacionarios⁽⁶⁴⁾, y esta ha ido limitando subjetivamente la distribución de su costo (ver acápite c), *infra*) cuando media efecto confiscatorio.

Por último, lo relativo a (iv) se estudiará *infra*, en los acápitales 4 y 5.

3. Jurisprudencia: Ajustar para evitar la confiscación

La literatura económica coincide⁽⁶⁵⁾ en que el nominalismo debe ceder ante: (i) la hiperinflación o inflación galopante, si bien esta resulta difícil de diferenciar de la inflación progresiva (*creeping*); (ii) la tributación, por razones de justicia. En ambos casos habría que indexar. La experiencia jurisprudencial argentina, en torno al ajuste por inflación, ha sido coincidente. A tal fin, vale la pena repasar los antecedentes del caso "Candy"⁽⁶⁶⁾, fallado en 2009.

En 1978, a efectos del pago del impuesto a las ganancias, se estableció, por ley 21.894 (luego modificada luego por ley 23.260), el

(62) Ver "Austrofueguina SA y otro c. EN - M° de Economía s/proceso de conocimiento", Fallos 332:2599 (2009), consid. 7°: "La inflación vivida durante largos años en el país había engendrado la práctica de contemplar en los contratos un mayor valor del precio acordado equivalente al previsible deterioro de la moneda en el próximo período".

(63) Ver JARACH, Dino, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 3ª ed. reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 502/503 y ps. 656/657.

(64) Es ilustrativo M. 913. XXXIX. RHE "Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar SA, del 20/4/2010, consids. 15 y 16.

(65) Por todos, MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, ps. 104/106.

(66) "Candy S.A. c. AFIP y otro s/acción de amparo", Fallos 332:1571 (2009). Se recordará que en "Santiago Dugan Trocello SRL c. PEN - Ministerio de Economía s/ amparo", Fallos 328:2567 (2005) se había rechazado una pretensión similar, mas por razones de hecho y prueba.

"ajuste por inflación". Este ajuste se vedó en 1992 por ley 24.073, art. 39⁽⁶⁷⁾, vigente la ley de convertibilidad 23.928, que prohibía en su art. 10 todo tipo de cláusulas indexatorias⁽⁶⁸⁾ asegurando una inflación igual a cero y consagrando un (previsible) nominalismo. Por último, en 2002, la ley 25.561, art. 4°⁽⁶⁹⁾ y el dec. 214/2002, art. 5°⁽⁷⁰⁾, para llevar adelante el firme propósito de defender el valor de la moneda, volvieron a vedar el ajuste (ya vedado).

Así fueron lesionados los derechos de propiedad de los contribuyentes de ese impuesto, pues tuvieron que pasar a tributar sobre una renta "nominal" o ficticia, mas no "real" o indexada, con riesgo de confiscatoriedad. Una prohibición legislativa inocua, viable e innecesaria a la vez⁽⁷¹⁾ en épocas de convertibilidad pasó a convertirse en un tormento jurídico-contable en épocas de emergencia declarada, creando un apartamiento de la realidad económica lin-

(67) "A los fines de las actualizaciones de valores previstas en la ley 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, y en las normas de los tributos regidos por la misma, no alcanzados por las disposiciones de la ley 23.928, las tablas e índices que a esos fines elabora la DGI para ser aplicadas a partir del 1 de abril de 1992 deberán, en todos los casos, tomar como límite máximo las variaciones operadas hasta el mes de marzo de 1992, inclusive. En idéntico sentido se procederá respecto de las actualizaciones previstas en el Código Aduanero (...)".

(68) El art. 10, en su versión original, decía: "Deróganse, con efecto a partir del 1 del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de Australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1 de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral".

(69) Ver nota 12, *supra*.

(70) Art. 5°: "Lo dispuesto en el artículo precedente, no deroga lo establecido por los arts. 7° y 10 de la ley 23.928 en la redacción establecida por el art. 4° de la ley 25.561. Las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la ley 25.561, no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste".

(71) La adecuada adjetivación es de DIEZ, Humberto, "Período 1898-1999", en DÍAZ, Vicente O. - GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *Historia de la tributación argentina (1810 -2010). Homenaje de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, a la Patria en su Bicentenario*, Errepar, Buenos Aires, 2010, ps. 953/999, esp. p. 962.

dante con la arbitrariedad⁽⁷²⁾. Se imponía, entonces, la aplicación de la jurisprudencia que (i) permite indexar en épocas de marcada inflación⁽⁷³⁾, así como la de aquella práctica jurisprudencial que (ii) fija límites constitucionales a la presión fiscal⁽⁷⁴⁾, (iii) permite evaluar inconstitucionalidades sobrevinientes⁽⁷⁵⁾, (iv) fija bases éticas para recaudar⁽⁷⁶⁾ y (v) exige el deber de lealtad por parte de la Administración⁽⁷⁷⁾ cuando la primera lealtad debe ser hacia la realidad, hacia los términos reales.

"Candy"⁽⁷⁸⁾, fallado por la Corte Suprema, se hizo eco —con justicia, y dentro del principio de relatividad de los efectos de las sentencias— de todo ese bagaje jurisprudencial. De tal modo, avaló la presentación de balances ajustados por inflación para el pago del impuesto a las ganancias con fundamentos en que las políticas fiscales no podían provocar un efecto confiscatorio sobre el derecho de propiedad del contribuyente. En el caso, la confiscación iba a estar representada por el pago de una alícuota del 55% o del 62% según los diversos cálculos, y ello superaba el 33% admitido en los precedentes. Por ello se convalidó el ajuste por inflación del balance contable

(72) BIANCHI, Alberto B., "El apartamiento notorio de la realidad económica como causa de arbitrariedad en las sentencias", en ED 116-772; "Rodríguez Morenó c. MCBA", Fallos 295:65 (1976); "MCBA c. Ratto", Fallos 296: 500 (1976); "MCBA c. Consorcio Lima 1686", Fallos 296:546 (1976); "Marfil S.A. c. Machuca Guerra", Fallos 296:767 (1976); "Gobierno Nacional c. Mendoza, Severo", Fallos 298:558 (1977); "Montenegro c. Empresa Expreso Ciudad de Posadas", Fallos 300:903 (1978); "Villarino c. Paulino", Fallos 303:2010 (1981); "Arrufat c. MCBA", Fallos 304:717 (1982); entre otros.

(73) "Provincia de Santa Fe c. Nicchi", Fallos 268:112 (1967); "Nación Argentina c. Chacofi SACIFI", Fallos 285:89 (1973); "Fernández, Juana Vieytes de c. Pcia. de Buenos Aires s/cobro ordinario de alquileres", Fallos 295:973 (1976); Valdez c. Nación Argentina", Fallos 295:937 (1976); entre muchos otros. Ver, asimismo, nota 55.

(74) "Gobierno de Italia c. Consejo Nacional de Educación", Fallos 190:159 (1941); "Horvath c. Fisco Nacional", Fallos 318:676 (1995).

(75) "Valdéz c. Cintioni", Fallos 301:319, esp. p. 325 (1979); "Vega c. Consorcio de Proprietarios del Edificio Loma Verde", Fallos 316:3104 (1993); "Carvalho c. Fadete SA", Fallos 317:756 (1994); "Chocobar c. Caja Nacional de Previsión", Fallos 319:3241 (1996), esp. p. 3287; "Ricci c. Autolatina Argentina SA", Fallos 321:1058 (1998).

(76) Ver dictamen de la Procuración General de la Nación en "Repartidores de Kerosene e YPF de Córdoba c. Fisco Nacional", Fallos 306:1970 (1984), esp. p. 1975; "La Biznaga SA c. DGI", Fallos 310:714 (1987), esp. p. 718.

(77) "Ocampo, Manuel c. Administración de Rentas del Rosario", Fallos 10:203 (1871).

(78) Ver nota 62.

correspondiente al año 2002 —año marcado por una fuerte inflación⁽⁷⁹⁾, con elevados índices⁽⁸⁰⁾. "Candy" es el *leading case*⁽⁸¹⁾, pero

(79) En el consid. 13 aparecen los hechos relevantes: "[E]n el caso, el Tribunal tiene especialmente en consideración que se trata de un ejercicio —el correspondiente al año 2002— signado por un grave estado de perturbación económica, social y política que dio lugar a una de las crisis más graves de la historia contemporánea de nuestro país (...). Esta situación trajo aparejado importantes cambios económicos que se tradujeron, entre otros aspectos, en el abandono de la ley de convertibilidad y la consecuente variación en el poder adquisitivo de la moneda. Asimismo, la crisis se vio reflejada en los índices de precios, tanto a nivel mayorista como a consumidor final, cuyos porcentajes acumulados en ese año ascendieron a un 117,96% y 40,9%, respectivamente (cfr. cifras oficiales publicadas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos)".

(80) Ampliar en BIANCHI, Alberto B., *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Período 2007/2010*, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, febrero 2011, p. 57.

(81) A. 587. XLII, 27/4/2010, "Alica S.A. c. AFIP y otro s/acción de amparo"; F. 386. XLII, 27/4/2010, "Flexiprin S.A. c. AFIP y otro s/acción de amparo"; A. 2018. XLII, 4/5/2010, "Alvarez, Guillermo A. c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza"; A. 237. XLIII, 4/5/2010, "Anselmino, Jorge O. c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza"; A. 260. XLIV, 4/5/2010, "Auda SRL c. AFIP DGI s/ordinario"; A. 511. XLV, 4/5/2010, "Álvarez, Silvia O. c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza"; A. 1894. XLII, 4/5/2010, "Álvarez, Horacio A. c. AFIP s/acción declarativa de certeza"; B. 596. XLIV, 4/5/2010, "Banco Santa Cruz c. EN y otros s/acción declarativa"; C. 45. XLV, 4/5/2010, "Christensen Roder Argentina SA c. EN - Mº Economía AFIP ley 24073 - dto. 214/02 s/proceso de conocimiento"; C. 53. XLV, 4/5/2010, "Carvalán Goñi, Carlos c. AFIP (DGI) s/inconstitucionalidad"; C. 107. XLV, 4/5/2010, "Callaba, Pedro A. c. AFIP - DGI s/ordinario"; F. 307. XLIV, 4/5/2010, "Fluodinámica SA c. AFIP - DGI s/acción declarativa de certeza"; F. 320. XLV, 4/5/2010, "Favra SAIC c. EN - AFIP - DGI s/Dirección Nacional Impositiva"; ley 49. XLV, 4/5/2010, "López, Gustavo c. AFIP (DGI) s/ordinario"; M. 81. XLV, 4/5/2010, "Martín, Julio Manuel c. Estado Nacional Argentino y AFIP s/acción declarativa de certeza"; O. 507. XLII, 4/5/2010, "Oliva, Alfredo c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza"; P. 115. XLV, 4/5/2010, "Pettiti Automotores S.A. c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza"; R. 212. XLIII, 4/5/2010, "Ribota, María Olga c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza"; S. 30. XLV, 4/5/2010, "Sejas y Fernández Sociedad de Hecho c. EN - AFIP - DGI - Ley 24073 s/proceso de conocimiento"; S. 62. XLV, 4/5/2010, "Sucesores de Arturo Enrique García c. Estado Nacional Argentino y AFIP s/acción declarativa de certeza"; S. 593. XLIV, 4/5/2010, "Sánchez, Sociedad de Hecho c. AFIP s/acción meramente declarativa - medida cautelar"; S. 754. XLIV, 4/5/2010, "SADESA SA c. Estado nacional - AFIP - DGI s/acción meramente declarativa"; S. 1766. XLII, 4/5/2010, "Sánchez, Hugo Oscar c. Estado Nacional s/ amparo"; U. 117. XLII, 4/5/2010, "Untermann, Omar C. c. E.N. - AFIP s/acción declarativa de certeza"; A. 77. XLV, 4/5/2010, "Arrocaya SA c. AFIP - DGI s/ordinario", entre muchos otros.

es inaplicable cuando la única prueba pericial es la generada unilateralmente por la actora⁽⁸²⁾.

En el caso, la acción iniciada fue una acción de amparo, la legitimación procesal del *taxpayer* surge de la relación tributaria establecida, y la cuestión, justiciable, fue la confiscación a sufrir en caso de no aplicarse el ajuste por inflación⁽⁸³⁾.

El precitado "Candy" ha sido aplicado en pluralidad de casos posteriores, tales como "Distribuidora de Gas del Centro"⁽⁸⁴⁾, caso planteado por una licenciataria del servicio público de distribución de gas natural por redes.

(82) B. 446. XLIII, 19/5/2010, "Bertoto y Bruera y Cía SACyF c. Estado Nacional - AFIP - DGA s/demanda repetición"; B. 361. XLIII, 19/5/2010, "Broda, Jorge y Roberto S.H. c. PEN s/amparo ley 16.986 y medida cautelar"; F. 1261. XLII, 19/5/2010, "Forzani, Juan José c. PEN s/amparo ley 16986 - medida cautelar"; ley 759. XLII, 19/5/2010, "Lattanzi, Juan Carlos c. AFIP y/o EN s/amparo y medida cautelar"; G. 1884. XLII, 19/5/2010, "Gribaudo, Ricardo A. c. PEN s/amparo ley 16.986 - medida cautelar"; T. 362. XLI, 19/5/2010, "Tecs SA c. Estado Nacional Argentino s/amparos y sumarísimos"; D. 497. XLII, 1/5/2010, "Druetto, Jacinto M. L. c. PEN (Ministerio de Economía) s/amparo ley 16.986 y medida cautelar"; F. 1260. XLII, 19/5/2010, "Forzani, Roberto F. c. PEN s/amparo ley 16.986 y medida cautelar"; Z. 191. XLII, 10/5/2010, "Zanco, Ángel D. c. PEN - ME - AFIP s/amparo"; Z. 64. XLIII, 10/5/2010, "Zurvera, Omar Amadeo c. EN (PEN) y otro s/amparo"; P. 1099. XLII, 19/5/2010, "Pesce, Jorge O. c. EN (PEN) y otro s/amparo"; Z. 173. XLII, 19/5/2010, "Zurvera, Alvides I. c. E.N. (PEN) y otro s/amparo"; P. 1098. XLII, 19/5/2010, "Parola, Nelzon B. c. PEN - Mrio. de Econ. s/amparo y medida cautelar"; M. 449. XLIII, 10/5/2010, "Milicic SA c. EN (AFIP - DGI) s/acción meramente declarativa"; R. 1384. XLII, 19/5/2010, "Rubinzal y Asocs. c. PEN s/amparo ley 16986 y medida cautelar"; W. 60. XLII, 10/5/2010, "Weiss Oliva, Miguel A. c. PEN y/o Mrio. de Economía - AFIP s/amparo ley 16.986 y medida cautelar"; J. 64. XLI, 19/5/2010, "Juan Carlos Prola y Cía. SRL c. E.N. y otros s/amparos y sumarísimos"; D. 194. XLI, 19/5/2010, "Debortoli, Estanislao c. PEN - Ministerio de Economía y AFIP s/amparo ley 16.986 y medida cautelar"; I. 27. XLIII, 19/5/2010, "Ingratta S.A. c. EN - Mº EyOSP - AFIP - ley 24.073 s/amparo ley 16.986"; entre muchos otros.

(83) Ambos extremos, en los casos tributarios, se entrelazan: en "Massachusetts v. Mellon", 262 US 447 (1923), la Corte Suprema estadounidense resolvió que, para determinar la legitimación activa del contribuyente, este debía demostrar que el accionar estatal impugnado se fundaba en facultades tributarias constitucionalmente conferidas al Estado, y que, además, tal accionar era contrario a específicas limitaciones constitucionales que restringen el ejercicio de esas facultades.

(84) D. 675. XLIX. RHE. "Distribuidora de Gas del Centro SA c. Estado Nacional - AFIP s/acción declarativa de certeza", fallo del 14/7/2014.

4. Jurisprudencia: Reconociendo la desvalorización

En este renglón cabe mencionar, en primer lugar, la sentencia de la Corte que ha interpretado lo relativo al monto a efectos de la interposición de recurso ordinario de apelación en las causas en las que el Estado es parte. En efecto, en "Guilford Argentina"⁽⁸⁵⁾, se pedía la nulidad de tres resoluciones (que denegaban entrega del certificado de crédito fiscal) con más daños y perjuicios. La Corte Suprema entendió que el "monto del agravio" no era igual al monto del crédito fiscal en juego, sino un monto inferior (inferior al mínimo legal para interponer el recurso ordinario) consistente en deuda sin cancelar o tributo no ingresado. De este modo, mediante esta interpretación, hay casos que no llegarán a ser revisados por la Corte Suprema en su instancia ordinaria por no alcanzarse el monto mínimo previsto. También puede interpretarse que, en virtud de la desvalorización de la moneda de curso legal, es tan elevada la cantidad de causas que arribarían hasta la Corte Suprema mediante el recurso ordinario por superar el mínimo legalmente dispuesto para ello, que se ha optado por la interpretación reseñada.

De otra parte, y como antecedente directamente aplicable al tema que nos ocupa, una valiosa sentencia de primera instancia, de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, se ha pronunciado a favor de la tesis de la indexación. Así, en "Wior"⁽⁸⁶⁾, se resolvió —en lo que aquí interesa— declarar la inconstitucionalidad de los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 conforme redacción de la ley 25.561 y, consiguientemente, ordenar que la referida suma sea actualizada.

Para así resolverse, en "Wior" se consideró, en el consid. VI:

"la actora solicita la inconstitucionalidad de los artículos 7º y 10 de la ley 23.928, 4º y concordantes de la ley 25.561 y sus reglamentarias y de toda otra norma concordante que prohíba la actualización monetaria, por considerarlas violatorias de su derecho de propiedad e igualdad ante la ley en tanto benefician al deudor en

(85) CS, 87/2014 (50-G)/CS1. R.O. "Guilford Argentina SA c. AFIP - DGI s/proceso de conocimiento", fallo del 17/3/2015.

(86) "Wior, Beatriz c. GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica", expediente 5518 / 0, sentencia del 10/11/2014.

detrimento del acreedor. La ley 23.928, reformada por la ley 25.561, en su artículo 7º dispone (*omissis*). Además el artículo 10 de la misma normativa prescribe: (*omissis*). Resulta innegable que cláusulas de este tipo en un contexto económico inflacionario producen un desfasaje en la equidad de las obligaciones dinerarias, toda vez que consagran el nominalismo prescindiendo por completo de la realidad económica donde la moneda ve disminuido su valor adquisitivo. (...) [L]a ley 23.928 fue sancionada el 27 de marzo de 1991 con el propósito de fijar la equivalencia de diez mil australes a un peso (\$ 1) y la convertibilidad del nuevo peso con el dólar estadounidense. En este mismo marco económico se dictó el 17 de diciembre de 1993 la ley 24.283 que estableció: 'Cuando debe actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas y otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago. La presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas' (artículo 1º). Esta plataforma normativa trajo consigo un sinnúmero de interrogantes, por lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encargó de precisar que '...la ley de desindexación tiene por finalidad evitar la situación de inequidad y de injusticia producida por la actualización e indexación de deudas cuando las prestaciones a cumplir entre deudor y acreedor son manifiestamente desproporcionadas' (CS, Fallos 322:696, 'Oros, Oscar O. c. CONET', 27/4/1999). En el año 2002, y como consecuencia de la fuerte crisis económica, financiera y social que atravesó nuestro país en dicha época el Congreso sancionó la ley 25.561 que entre otros aspectos suprimió el régimen de convertibilidad. A la par el artículo 4º modificó la ley 23.928 ratificando el principio nominalista y reglamentando la prohibición de actualizar las deudas monetarias y de indexar los precios (artículo 7º); además ratificó la restricción para indexar (artículo 10). Lo reseñado despeja cualquier tipo de duda en el sentido que los artículos 7º y 10 de la Ley de Convertibilidad tuvieron como finalidad principal dejar a un lado la indexación en una época de estabilidad; ahora bien cabe examinar si en el contexto actual las citadas cláusulas legales resultan razonables. En principio, no parece de sentido común mantener vigentes normas que fueran dictadas en un contexto económico muy diverso, esto es habiendo salido de la convertibilidad y existiendo una induda-

ble inflación estructural según las cifras que circulan en el país, a las que me referiré con posterioridad (conf. NICOLAU, Noemí L., 'Las cláusulas prohibidas de indexación: Un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones', LL 2010-F-38). No puede soslayarse que el objeto de las presentes actuaciones es obtener una reparación por los daños que le fueron ocasionados a la actora, cuya responsabilidad tal como ha sido explicitado a lo largo de esta sentencia es atribuible al GCBA. Mal puede considerarse este decisorio efectivo y útil, si no se le otorga una indemnización justa conceptualizada como '...aquella que intenta volver a la situación anterior al detrimento o menoscabo, recomponiendo económicamente a la víctima, de modo que quede indemne de las pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales padecidas' (MOSSET ITURRASPE, Jorge, 'Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos', p. 128, en *Revista de Derecho de Daños*, t. 2001-1, Cuantificación del daño, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001). Así las cosas, es conducente aclarar que 'la obligación de reparar los daños y perjuicios (...) es una típica obligación de valor, donde se debe un *quid* y no un *quantum*, y para esas obligaciones hay en la actualidad generalizada coincidencia sobre la posibilidad de indexarlas' (CNCiv., sala C, 'Quiroga, Remedios c. Viale, Victoriano', 5/11/1976). En efecto, es *conditio sine qua non* de una indemnización justa su permanente actualización ya que esta última constituye un reaseguro para garantizar la indemnidad de su patrimonio frente a un daño padecido injustamente. En sentido contrario, la prohibición de actualización monetaria implica mantener un margen de perjuicio en cabeza del damnificado, reparando el daño solo en parte o limitadamente, y en consecuencia menoscabando su derecho constitucional a la propiedad. Tal como con excelente criterio ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación la prohibición de indexar constituye una medida legislativa de carácter económico que *a priori* estaría exenta del control de constitucionalidad. Sin embargo, finalmente señala que es tarea de los magistrados efectuar el *test* de razonabilidad del artículo 4º la ley 25.561, cuya inconstitucionalidad planteó la actora, cuestión que conduce necesariamente a efectuar idéntico examen respecto de los artículos 7º y 10 de la ley 23.928, modificados por aquella norma solo en lo que hace al término 'australes' que fue reemplazado por el de 'pesos' (conf. CS, Fallos 333:447, 'Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar .SA', 2010). En esta línea de pensamiento, co-

responde hacer una afirmación liminar que inspirará el pronunciamiento de este Tribunal, entiendo que le asiste razón a la actora cuando sostiene que los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 cercenan su derecho a la propiedad ergo resultan inconstitucionales. Ello por cuanto, si bien es cierto que se trata de una medida de política legislativa esto no puede llevar a los jueces a prescindir del principio de equidad en sus sentencias haciendo caer todo el 'peso' de la inflación sobre la víctima del daño. En la actualidad los citados preceptos legales devienen irrazonables, toda vez que desconocen por completo la realidad económica imperante donde se advierte una importante pérdida del poder adquisitivo de la moneda oficial. Por consiguiente, a criterio del suscripto, el mantenimiento de la tesis nominalista no supera el *test* de constitucionalidad por violar derechos y garantías consagradas en la norma suprema. Así lo decido. Ahora bien, resta determinar qué índice será aplicable a los efectos de actualizar el monto de la indemnización. En este punto, es indispensable resaltar que "...el juzgador tiene amplia facultad para considerar la incidencia que distintos factores puedan tener para llegar a una actualización justa de la indemnización; no hay por qué estar sujeto a tablas rígidas ni a cálculos matemáticos estrictos. Sin embargo, en la tarea de merituación del magistrado no resultan descartables, sino que por el contrario, se presentan como elementos de insustituible valor, las estadísticas oficiales que puedan proporcionar organismos especializados como es el Instituto Nacional de Estadística y Censos (CNCiv., sala D, 'Municipalidad de la Capital c. Granada, José A.', 29/10/1976). Este es el temperamento que adoptaré, y en consecuencia ordeno que se proceda a actualizar el poder adquisitivo de la moneda deteriorado por el tiempo de acuerdo con la variación de los índices de precios mayoristas, nivel general elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Sin perjuicio de lo expuesto, no escapa a este magistrado que en el ámbito del GCBA rige el Índice de Precios al Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires (IPCBA) vigente desde el 2 de junio del año 2013, que resulta aplicable atento el grado de desarrollo autónomo que ostenta la Ciudad de Buenos Aires. En virtud de lo expuesto, corresponde aplicar las estadísticas confeccionadas por el INDEC desde la fecha de interposición de la demanda, 12 de noviembre de 2003 hasta el 2 de junio del año 2013, fecha a partir de la cual deberá sujetarse al porcentaje contemplado por el IPCBA hasta su efectivo cobro. La manera en que se deci-

de es la única alternativa posible para garantizar el principio de equidad, ya que posibilita teniendo en cuenta la realidad objetiva la corrección del valor de una variable monetaria mediante un índice oficial de precios".

He aquí, por ende, dos trascendentes precedentes que avalan la posición que favorece el ajuste por inflación. Y si bien los mismos pertenecen al mundo privado, nada obstaría a su aplicación al universo de los contratos públicos.

A ellos cabe agregar la admisión, en sede judicial, de créditos, en concepto de jubilación, en la moneda extranjera de origen en que se pactaran"⁽⁸⁷⁾.

5. Jurisprudencia: El camino para la transparencia. La visión desde el exterior

En el movimiento que apunta al reconocimiento del ajuste por inflación también se podría incluir aquella jurisprudencia que ha comenzado a delinear lo relativo a la determinación del "índice"⁽⁸⁸⁾. Recordemos que el índice reflejará los cambios en los precios de los bienes y servicios que, ulteriormente, darán sustancia a la "indexación"⁽⁸⁹⁾. Todo ello, en un escenario que llevó al propio Departamento de Estado de los Estados Unidos a advertir la diferencia entre un índice oficial argentino del CPI (*Consumer price Index* o Índice de Precios al Consumidor) en 2012, de 10.8% según datos oficiales, y del 25.6% según analistas privados⁽⁹⁰⁾.

(87) CFed. La Plata, sala I, julio de 2014, "M., M. S. c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional y otro s/amparo ley 16.986", proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 3 de Lomas de Zamora, en: "M., M. S. c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional y otro s/amparo ley 16.986", proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 3 de Lomas de Zamora.

(88) Me permito remitir a nuestro "Defensa del valor de la moneda vs. derechos de propiedad (a propósito de la indexación)", en LL 2011-E-1079, 1085.

(89) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, causa 30.936/11, "FIEL c. DNCI", de 9/5/2014, admitiendo la validez de índices privados y con apoyo en la prohibición de publicidad engañosa; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, "ADC c. EN - Mrio. de Economía", del 11/8/2009, sobre cómo elaborar un índice a efectos de bonos reajustables por CER, argumento sumado al deber de completar la información sobre el mentado índice.

(90) Informe del US Department of State —Diplomacy In Action, 2013 Investment Climate Statement— Argentina, elaborado por el Bureau of Economic and

6. Normativa: Reconocimientos de la erosión del valor de la moneda de curso legal

Un repaso cronológico de alguna normativa posterior a la ley 25.561 —normativa de reacción, si se quiere, ante la desvalorización del peso por las emisiones graficadas en la sección I— brinda ulteriores precisiones sobre el reconocimiento de la erosión que sufre nuestra moneda. Estas normas, cabe adelantar, poseen la virtualidad de permitir ver, objetivamente, la desvalorización sufrida por nuestra moneda y, en algunos casos, de dejar ver las atenuaciones que la prohibición de reajustes de la ley 25.561 viene teniendo.

6.1. Contratos de obra pública. Variaciones de costos. Passthrough

En el área de los contratos administrativos, recordaremos el dec. 1312/1993 —por el cual se fijó un sistema para la determinación periódica de precios en las contrataciones de obras públicas a largo plazo— hoy abrogado por el dec. 1295/2002⁽⁹¹⁾. En rigor, conviene, a efectos del presente, que nos detengamos en este último decreto delegado, de ejecución y de necesidad y urgencia, es decir, con naturaleza, en parte, de ley.

El dec. 1295/2002 dispuso, en lo principal, que “los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista” (art. 2º). Ello, cuando ciertos costos identificados en el art. 4º (precio de los materiales y de los demás bienes incorporados a la

Business Affairs, febrero 2013, disponible en <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2013/204592.htm>

Allí, textualmente, se informa: “Lack of a credible statistics agency is a point of concern. Even within Argentina, the accuracy of figures reported by the official statistics agency (INDEC) has been widely questioned, especially for the Consumer Price Index (CPI). Independent figures have become more difficult to find. The GOA has fined private and non-governmental entities that have published their own inflation statistics, making independent data less available. The IMF formally censured Argentina on February 1, 2013, because of manipulation of inflation and GDP data, a breach of obligation to the Fund under the Articles of Agreement. In 2012, official figures for the CPI were approximately 10.8 percent, while private analysts estimate that inflation was 25.6 percent.”

(91) BO 22/7/2002.

obra; costo de la mano de obra de la construcción; amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos; todo otro elemento que resulte significativo a criterio del comitente) varíen en más del 10% respecto de los precios contractuales (o respecto de los precios ya redeterminados). Además (art. 5º), los aumentos de las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales trasladables al consumidor final, serán reconocidos en el precio a pagar a los contratistas a partir del momento en que entren en vigencia las normas que los dispongan, en su probada incidencia. Las reducciones de las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales trasladables al consumidor final, serán deducidas del precio a pagar. Por ende, el sistema es uno de disparo de costos y de *passthrough*, según de cuál costo se trate. El régimen se aplica, exclusivamente, a los contratos de obra pública de la ley 13.064.

Fundaron esta medida, entre otros argumentos, los relativos a: una reglamentación de 1993 (vigente la convertibilidad) que permitía la redeterminación anual de precios en las obras públicas de plazo superior a un año (dec. 1312/1993); la modificación del escenario económico por la ley 25.561 y el dec. 214/2002 de pesificación; la veda de indexación o actualización o variación de costos; la necesidad y conveniencia de permitir el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos en ejecución y otorgando, además, un marco de certidumbre a las licitaciones en curso y a las que se efectúen en el futuro; la reactivación del sector de la construcción; el efecto multiplicador de la construcción en la economía; las nuevas reglas económicas que difícilmente pudieron ser previstas por los contratistas de obras públicas al hacer las ofertas con anterioridad al 6 de enero de 2002; los significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción y consecuentes desequilibrios.

El dec. 1953/2002 amplió temporalmente los efectos del dec. 1295/2002 precitado.

EL dec. 634/2003, relativo a ampliaciones de transporte de energía eléctrica en alta tensión y por distribución troncal, autorizó a la Secretaría de Energía a la redeterminación del canon o precio correspondiente a la parte faltante de ejecución de una ampliación, hasta la habilitación comercial de la misma.

Incluso por res. MIT 776/2012, se creó una Comisión de Evaluación, coordinación y seguimiento de los procesos de redeterminación de precios.

6.2. Conflictos interadministrativos. Monto mínimo

El dec. 1848/2002⁽⁹²⁾ modificó un decreto de 1993, con lo que se fijó "en \$ 5.000 el monto mínimo para la procedencia de las reclamaciones pecuniarias interadministrativas" y "en \$ 50.000 el importe máximo de los reclamos cuya resolución será de competencia del procurador del Tesoro de la Nación, monto que, una vez superado, hace que la reclamación sea decidida por el Poder Ejecutivo nacional. Los montos anteriores, dec. 2481/1993, eran de \$ 1.000 y \$ 50.000, respectivamente".

Se invocaron, para el aumento del monto mínimo, en este reglamento de ejecución y delegado por delegación del art. 1º de la ley 19.983, "razones de economía y racionalización de los trámites administrativos", y que "la falta de actualidad del monto mínimo fijado para habilitar el trámite de los conflictos acarrea un dispendio de actividad administrativa que no halla justificación". Es destacable el lenguaje adoptado, que opta por actualidad antes que actualización. Más allá de los términos, el monto elevado disminuiría —en términos absolutos— la cantidad de reclamos de esta clase de reclamos.

6.3. Ley 25.713⁽⁹³⁾. CER

Esta ley del año 2003 reglamenta la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia estableciendo una metodología de cálculo del mentado indicador diario, para las "obligaciones que en origen hubieran sido expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera", transformadas en pesos a partir de la ley 25.561 o posteriormente.

De su texto no se infiere la exclusión expresa de los contratos administrativos. Por ende, les sería aplicable.

(92) BO 17/9/2002.

(93) BO 9/1/2003.

6.4. Depósitos en recursos de queja. Monto

En este subtítulo podemos considerar el art. 286, Cód. Proc. Civ. y Com., y la acordada 2/2007⁽⁹⁴⁾. Ese artículo fija el monto a depositar al interponer una queja por recurso extraordinario denegado, salvo que se cuente con el beneficio de litigar sin gastos.

Como resultado de la acordada 77/1990 y de la acordada 28/1991, el respectivo monto fue de australes 10.000.000, convertidos en \$ 1.000 conforme al dec. 2128/1991. Ese importe fue modificado en febrero del 2002, y llevado a \$ 5.000. Por ende, el aumento fue del 500%.

Se invocaron, para ello, razones de conveniencia.

6.5. Peajes. Transporte ferroviario. Variaciones de costos

El dec. 1409/2010 —en el marco de la respectiva renegociación bajo la ley 25.561— aprueba el cálculo de la incidencia que las variaciones de precios —operadas desde el mes de junio de 2009 hasta el mes de junio de 2010— tuvieron en los costos relacionados con la operación, mantenimiento e inversiones incluidas en el plan económico financiero, de la Concesión Acceso Norte a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la Empresa Concesionaria Autopistas del Sol SA.

En cuanto a las obras ferroviarias, la res. conj. 19/2009 y 5/2009 aprobó la nueva tipología para la redeterminación de precios de las obras ferroviarias aprobadas en el marco del dec. 1683/2005 (que sancionó el Programa de Obras, Trabajos Indispensables y Adquisición de Bienes a fin de garantizar la rehabilitación de los Servicios Interurbanos de Transporte Ferroviario de Pasajeros de largo recorrido cuyos trazados incluyen jurisdicciones provinciales, y fortalecer y desarrollar el Programa de Obras del Sistema Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires para las Líneas o Grupos de Líneas correspondientes a los concesionarios u operadores ferroviarios). Entre otros fundamentos, se invocaron los fines de "propiciar el fortalecimiento y mejoramiento de los sectores del

(94) BO 7/2/2007.

metodología empleada para arribar a los índices: la causa "ADC"⁽¹⁰⁰⁾ se originó en un pedido, no oportunamente satisfecho, de "información adicional a la ya publicada en el Informe Metodológico (...), que resultara necesaria para saber cuál es la metodología utilizada para el cálculo del índice de precios al consumidor"⁽¹⁰¹⁾ bajo el anexo VII del dec. 1172/2003.

¿Se estaba, entonces, ante índices arbitrarios o tramposos? El tribunal resolvió hacer saber, al INDEC, "que deberá incorporar al Informe Metodológico (...), la identificación y ponderación de cada uno de los 132 productos cuyos precios componen el 100% del índice (...), y además las variedades tenidas en cuenta para calcular el precio de cada producto y sus respectivas ponderaciones". Y dado el estrecho cauce de la acción incoada —enderezada solo a que el órgano judicial ordenara la entrega de información— se logró la victoria del acceso y de la publicidad de información esencial para la regularidad del proceso de determinación del índice.

8. ¿Es posible judicializar el índice?

¿Podría haberse acudido al órgano judicial no buscando transparencia sino para impugnar un índice ya elaborado y publicado? Por vía de hipótesis, el acto por el cual se fija el índice semeja un acto de alcance general, que alcanza a todos los administrados ubicados por fuera de la Administración⁽¹⁰²⁾ y, como tal, mediante legitimación⁽¹⁰³⁾, sería impugnabile en sede administrativa mediante el denominado reclamo impropio, tendiente a obtener el

(100) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, "ADC c. EN - M° de Economía - INDEC", del 14/10/2008.

(101) Sentencia cit. n. 84.

(102) Por acertadas consideraciones, en lo principal fundadas en la ausencia de discriminación entre reglamentos y demás actos de alcance general en el LPA y su reglamento, se ha propiciado aunar a las categorías de "acto de alcance general" y de "reglamento" a efectos del régimen de impugnación: ver CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la impugnación de los reglamentos y demás actos de alcance general (en la LNPA y en el RNLPA)", en ED 131-911/918, esp. p. 912.

(103) Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, la impugnación de actos administrativos de carácter general bajo el art. 24, inc. a), ley 19.549, se halla rodeada de "especiales recaudos" ya que se exige la presencia de "un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos": ver "Asociación Argentina de Empresarios Mineros c. Nación", Fallos 301:603 (1979).

dictado de un acto, el cual, a su vez, tiene la virtualidad de generar un "caso"⁽¹⁰⁴⁾, revisable en sede judicial. Empero, un importante déficit podría empecer a esta impugnación: dar carácter secreto a toda la información recabada en las encuestas⁽¹⁰⁵⁾ impediría la confrontación de los elementos de hecho que fundan el acto, con gravamen a la evaluación de los elementos motivación y causa del acto que aprueba el índice fijado. En la experiencia comparada tal paraguas de confidencialidad ya ha devenido una restricción en franco retroceso ante la realidad de la *web* y el objetivo de asegurar confidencialidad pero dando a conocer los datos⁽¹⁰⁶⁾, las razones.

Bajo la legislación estadounidense, y tal vez con fundamentos en las múltiples encuestas que lo fundan, se ha rechazado la posibilidad de impugnación del índice una vez publicado, sin perjuicio de que se publican todas las correcciones que vayan surgiendo luego de dado a conocer⁽¹⁰⁷⁾. Un procedimiento participativo de 1996 recogió comentarios de académicos, administradoras de inversiones, intermediarios e inversores institucionales y mostró un consenso en cuanto a que el índice debe ser ampliamente reconocido, frecuentemente publicado, exacto, fácilmente obtenible, y no "revisable retroactivamente"⁽¹⁰⁸⁾.

(104) Así lo propuse en "Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (La cuestión de su naturaleza legislativa)", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.) *Procedimiento y proceso administrativo*, UCA - LexisNexis, Buenos Aires, 2005, ps. 309/348, esp. p. 313.

(105) Ver nota 82.

(106) ANDERSON, Margo - SELTZER, William, "Challenges to the Confidentiality of US Federal Statistics, 1910-1965", en *Journal of Official Statistics*, vol. 23, nro. 1, 2007, ps. 1/34, con referencia a accesos interorgánicos e interpoderes.

(107) ABRAHAM, Katharine G. - GREENLEES, John S. - MOULTON, Brent R., "Working to Improve the Consumer Price Index", en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, nro. 1, winter 1998, ps. 27/36, en: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.12.1.27> (último acceso: 14/8/2017), esp. p. 30. "Bajo los actuales procedimientos, el CPI [índice de precios al consumidor] se revisa después de la primera publicación solo en circunstancias extraordinarias, v.gr., el descubrimiento de datos que fueron reportados o procesados de manera incorrecta. (...) El empleo del CPI en ajustes por costo de vida legislados o negociados es el elemento clave que justifica la interpretación de que el índice, una vez publicado, es definitivo (*final*). (...) [E]l hecho de que el CPI no se revise retroactivamente fue una de las principales razones para que [se] lo eligiera como índice para ajustar los bonos protegidos contra la inflación (...)".

(108) Convocatoria cit. en ABRAHAM, Katharine G. - GREENLEES, John S. - MOULTON, Brent R., op. y loc. cit., publicada también en el *Federal Register*, 27/9/1996.

A modo de reflexión, puede considerarse que, si bien el criterio para el tráfico de información relativa al índice contaría con todos los aportes del moderno acceso a la información, surgirían, a la luz de la experiencia foránea, serios problemas de justiciabilidad en punto a atacar el acto de aprobación del índice fijado. Sin embargo, y de cara al texto del art. 75, inc. 19, CN⁽¹⁰⁹⁾, si proteger el valor de la moneda es evitar la inflación futura, y si se percibe al índice como un probable generador de inflación, propiciar su divorcio de la realidad de los precios circundantes conduciría al contrasentido de que tendríamos que sacrificar propiedad —sumas subajustadas por un índice irreal— para frenar aquel mal. Es que, a efectos de la evaluación de una política estatal —como sería la de defensa del valor de la moneda—, un filtro por el que tendría que pasar su revisión serían las garantías constitucionales, que incluyen la propiedad⁽¹¹⁰⁾. Incluyendo los derechos de propiedad del contratista estatal.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El Congreso regula la emisión de la moneda, fija su valor, y definiendo ese valor. Con inflación cero ello era sencillo; sin indexación en virtud de los criterios de justicia distributiva de la ley de emergencia, mas con un circulante en aumento reflejado en las alzas de precios de bienes y servicios con afectación de las relaciones conmutativas, han quedado enfrentados los derechos de propiedad, por un lado, y la defensa del valor de la moneda, por el otro.

La justicia —dentro del relativismo de la cosa juzgada que se desprende de sus sentencias, sin perjuicio de la fuerza de las mismas como precedente— se ha expedido afectando sectores de dimensiones diversas, con efectos diversos también, según los universos subjetivos comprendidos, los períodos de inflación considerados, la información involucrada, entre otros criterios. Pero es

(109) Texto que ofrece cierta "vaguedad, riesgosa a la hora de abordar los problemas de justiciabilidad", conf. LOIANNI, Adelina I., "La nueva cláusula del progreso", en SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 567/583, esp. p. 569.

(110) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de las políticas públicas", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 320/334, esp. p. 326.

claro el reconocimiento y, si se quiere, la preferencia judicial por el ajuste por inflación, y ello debe ser considerado a efectos de los contratos todos, públicos y privados.

Es a la luz de esta realidad jurisprudencial —que con prudencia ha comenzado a reconocer la depreciación cotidiana de nuestra moneda de curso legal— que deben ser interpretadas las obligaciones dinerarias en moneda de curso legal regladas en el art. 765 y concs. del nuevo Código Civil y Comercial. Esa interpretación, a su vez, será extensible a los contratos públicos, pues no podría concebirse una moneda —empujada hacia la tesis valorista, como vimos— para contratos privados diferente de una moneda para los contratos públicos —sometible también a la tesis valorista—. Por ende, el predominio de la tesis valorista irradiará sus efectos sobre contratos privados y públicos por igual.