

Reflexiones en torno del imperio de la prohibición de indexar en el contexto económico actual

myf

132

A portrait of Dr. Eduardo Carlos Méndez Sierra, a middle-aged man with a mustache, wearing a grey suit, light blue shirt, and red patterned tie. The background is a blurred indoor setting. An orange vertical bar is on the left side of the page.

myf

133

Dr. Eduardo Carlos **Méndez Sierra**

*Profesor titular ordinario de Obligaciones de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario (P.U.C.A.)*

I. Introducción

El *nominalismo*, preferible en un plano de pura ortodoxia jurídica, sin embargo puede funcionar sin roces y sin injusticias sólo cuando los valores económicos del dinero –particularmente su *valor de curso* o poder adquisitivo– se mantienen más o menos constantes a través del tiempo, y no si se desencadena un proceso sostenido de depreciación monetaria, y menos si éste resulta agudo. Pero muy particularmente, la adopción del principio nominalista con carácter *absoluto*, como ha sido el consagrado por la ley 23.928 (arts. 7 y 10 en especial), luego de la salida de la convertibilidad dispuesta por la ley 25.561 y frente a la progresiva acentuación del proceso inflacionario en los últimos tiempos, ha devenido en una solución legal cuya conveniencia es discutible.

De todos modos, los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 están vigentes. Y a la luz de las experiencias pasadas, pese a que ha sido puesto en tela de juicio más de una vez que los mecanismos indexatorios sean en verdad estímulo

de la inflación¹, consideramos que aunque no pueda imputárseles ser la causa de la misma, la generalización de las actualizaciones automáticas por vía de índices puede contribuir inercialmente en el proceso. Pareciera entonces no ser injustificado juzgar que la indexación de toda la economía potenciaría la inflación, lo que impone ser muy cautelosos al momento de definir un cambio de rumbo.

Bajo estas premisas en el presente intentaremos compartir reflexiones tendientes a la búsqueda de senderos que procuren el resguardo del valor original y real de la prestación cuando su objeto es, propiamente o como sustituto, el dinero; y asimismo el resarcimiento del daño moratorio por no haberla cumplido en tiempo. Claro está, este análisis supone situaciones en que el juez debe dictar su sentencia en un proceso en que las partes no han establecido antes del litigio instrumentos de protección contra la inflación compatibles con los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 –verbigracia, intereses capitalizables conforme el art. 770 inc. a) C.C. y C.–, y tampoco es el caso

de aplicación de los “remedios heroicos”, como la teoría de la imprevisión o la doctrina del abuso del derecho.

II. las obligaciones de dar dinero entre la ley 23.928 y las alteraciones de la moneda

1. El criterio de la C.S.J.N. con posterioridad a la ley 25.561

Comenzaremos por la cuestión de las deudas de dinero, donde impera el régimen dispuesto por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 según el art. 4° de la ley 25.561. Como sabemos, con posterioridad a la salida de la convertibilidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado su constitucionalidad. El máximo Tribunal, que había ya anticipado de alguna manera su criterio en causas anteriores², se ha expedido categóricamente al respecto en la causa “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.” (20/04/2010)³, postura que luego ha reiterado hasta el presente⁴.

La posición de la Corte adoptada en “Massolo...”, en general, no fue aco-

gida favorablemente en el seno de la comunidad jurídica⁵. Por nuestra parte, en su momento señalábamos que por ese entonces el régimen legal no parecía que pudiera ser tildado de irrazonable, pero advertíamos que la posibilidad de que siguiera aprobando el test de *razonabilidad* dependía de cómo evolucionasen las circunstancias económicas, pues si el fenómeno inflacionario se agudizaba, inevitablemente dejaría de hacerlo⁶. Cuando lo decíamos la inflación oscilaba el 25% y en el año 2016 no llegó al 35%; mientras que este año superará probablemente con creces el 100%...; un escenario que es notablemente distinto y que pone en crisis cualquier decisión sobre la constitucionalidad de estas normas.

No obstante, no puede soslayarse que los fallos de la C.S.J.N. interpretan en última instancia la Constitución Nacional y por tanto el precedente "Massollo" proyecta su trascendencia en el régimen vigente de las deudas de dinero.

No hay dudas acerca de las perturbaciones que se derivan del imperio

de las disposiciones de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en este escenario de agudización del proceso inflacionario, no sólo en la vida negocial sino para la tarea de impartir justicia en los procesos judiciales.- Pero en las actuales circunstancias y ante el criterio hasta ahora mantenido por el máximo tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de estas normas federales y de orden público es asunto problemático.

2. Los condicionamientos de una declaración de inconstitucionalidad de la ley

La dificultad no radica en la posibilidad de la inconstitucionalidad sobreviniente.- La Corte en diversos precedentes ha invalidado constitucionalmente normas consideradas legítimas en su origen, pero que luego dejaron de serlo con el transcurso del tiempo ante el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas. Haciéndolo en algunos casos en función del paso del tiempo y el proceso de inflación⁷. Sin embargo, sabido es que dicho acto trasunta suma gravedad institucional, debe ser

considerado la última ratio del orden jurídico y solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable⁸.

Lo antedicho implica la exigencia de la demostración y prueba de la manera en que la ley en cuestión contraría la Constitución Nacional en el caso concreto y causa con ello un gravamen, pues no corresponde un pronunciamiento en abstracto acerca de la constitucionalidad⁹. Además, tal grave declaración sólo procede cuando un acabado examen conduce a una convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocando de manera clara, indubitable, notoria, concreta y manifiesta¹⁰. Y sólo debe recurrirse a la misma cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otro medio, al que cabe acudir en primer lugar¹¹.

Estos condicionamientos no pueden soslayarse por el juez al momento de decidir en un proceso si los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (texto ley 25.561) de-

ben ser declarados inconstitucionales, quien debe tener presente al hacerlo que su control no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador¹².

Ciertamente, las diversas excepciones que hoy existen a dichas disposiciones prohibitivas -como la ley 27.271, el art. 5 del DNU 146/2017, la ley 27.551 de locaciones, entre otras-, plantean la inquietud acerca de la posible violación de la garantía del art. 16 C.N., la cual implica la igualdad de tratamiento para casos idénticos o razonablemente similares o asimilables entre sí. Sin embargo, ha dicho la C.S.J.N. dicha garantía no obsta que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. Y en consonancia, se le atribuye un amplio margen para distinguir y clasificar los objetos de la reglamentación en la medida en que las distinciones se basen en motivos objetivos y razonables¹³; y ello, aunque su fundamento sea opinable¹⁴. Lo que conduce al intrincado terreno del cuestionamiento de la razonabilidad del medio utilizado por el legislador

en procura de evitar acelerar las alzas generalizadas de precios, y de la insuficiencia de razones objetivas que sustenten el tratamiento diferenciado recibido por las excepciones, frente a las cuales no se justifique el mantenimiento de la prohibición general.

Por otro lado, si bien están en juego los derechos de propiedad y a obtener una reparación plena e integral, ambos de rango constitucional (arts. 17 y 19 C.N.), no creemos que puedan servir, sin más, las consideraciones que en su momento fueron fundamento de los célebres precedentes de 1976 "Camusso Vda. de Marino"¹⁵, "Vieytes de Fernández"¹⁶ y "Valdes"¹⁷ para afianzar la procedencia del reajuste por desvalorización monetaria.- Debe tenerse en cuenta que cuando la Corte Nacional dictó estos y muchos otros fallos en igual sentido en defensa del derecho de propiedad, el legislador no había sancionado la categórica solución de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. Al contrario, aunque nuestro ordenamiento jurídico adscribía al nominalismo según era admitido mayoritariamente, no incluía

una prohibición legal expresa como la que dispuso el Congreso Nacional en 1991¹⁸. Ahora, en cambio, el control constitucional debe dirigirse hacia una ley federal de orden público que opera como valladar.

Por otra parte, en lo que respecta al principio de la reparación plena, ha advertido la Corte en "Aquino" que no todo régimen legal limitativo de la reparación por daños merece censura constitucional, sino que la validez constitucional de cualquier regulación depende de su razonabilidad¹⁹.

En suma, lo que el legislador no puede es alterar la sustancia o esencia de los derechos constitucionales, y esto debe demostrarse que sucedería inevitablemente en el caso concreto sin la declaración de inconstitucionalidad de aquel valladar.

No sería por tanto un fundamento válido para apartarse de lo dispuesto en los arts. 7 y 10 ley 23.928 la mera referencia a la variación del índice de precios o al cambio de las condiciones económico financieras, por

tratarse de expresiones demasiado genéricas que carecen de entidad suficiente para conferir debido sustento a un tacha de inconstitucionalidad²⁰. Como tampoco la aserción de que el proceso inflacionario produjo la licuación del crédito del peticionante, sin proveer ningún elemento en respaldo del aserto²¹. Por el contrario, debe demostrarse que en el caso concreto cualquier mecanismo alternativo a la prohibición de tales normas legales resulta absolutamente insuficiente, tanto para impedir la degradación del valor económico original de la prestación dineraria como para resarcir el daño moratorio derivado del incumplimiento de la misma. De manera tal de que se evidencie que la aplicación de estas normas en el caso provoca una afectación de los derechos constitucionales de tal magnitud que sustente la declaración de inconstitucionalidad²².

Esto nos conduce al examen acerca de la existencia de caminos alternativos a la necesidad de recurrir a una problemática declaración de inconstitucionalidad.

3. Los intereses y su capitalización como posible camino alternativo

Indudablemente, la condena al pago de intereses moratorios ha constituido una vía indirecta de recomposición del capital además de su función de reparación del daño por la mora en el pago de la suma de dinero, en particular luego de la salida de la convertibilidad, aceptada implícitamente por la ley 23.928.- Además, hasta la entrada en vigencia del C.C. y C.N. no existieron dudas de que el anterior art. 622 del C.C. defería a los jueces la determinación de su tasa en defecto del pacto de partes y de una disposición legal específica, lo que les ha otorgado un espacio de razonable discreción en función de las circunstancias, sobre todo económicas. Pero la confusa fórmula legal del inc. c) del art. 768 del nuevo código al establecer que la tasa se determina, en subsidio, *“por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”*, seguido de la postura que ha adoptado la C.S.J.N. en recientes fallos²³, han trastocado la situación. Y con ello han sumado un factor que incide en los trastornos derivados

de la vigencia de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en el contexto actual. Ya que parecieran encaminados a restringir el espacio de razonable discreción de los jueces para fijar la tasa en función de las circunstancias.

De todos modos, cualquiera sea la interpretación del inc. c) del art. 768, lo que mayormente dificulta la búsqueda de soluciones que resguarden la prestación de dinero frente al proceso inflacionario y le concedan reparación adecuada del daño moratorio, es la conjunción de la prohibición de la ley federal 23.928 y la proveniente de las restricciones al anatocismo existentes.

En efecto, la capitalización de los intereses guarda una *sustancial semejanza* con determinados procedimientos indexatorios²⁴, lo que permite alcanzar con la misma efectos análogos a la aplicación al capital de índices de depreciación monetaria en orden al resguardo de su entidad económica. Por el contrario, como bien señalaba Casiello, *“en épocas de inflación aguda, y aun aplicándose altas tasas de interés, si no se capitalizan los intereses que*

se van devengando no se logra siquiera mantener estable el valor real de la prestación dineraria debida”²⁵.

Un posible camino alternativo al cuestionamiento de la aplicabilidad de la ley 23.928 en función de su constitucionalidad es, entonces, la capitalización de los intereses moratorios dentro de lo que permite el régimen restrictivo del anatocismo imperante, lo que no entra en contradicción con aquella ley. Y tal es la vía que ya se ha emprendido por parte de la judicatura.- Valiéndose, a tal efecto, de una interpretación posible del art. 770 inc. b) C.C. y C.

Esta norma, que autoriza la capitalización cuando la obligación se demande judicialmente, expresa literalmente que en este caso *“la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda”*. La doctrina ha señalado lo problemático de su interpretación, pues la expresión “desde” la fecha de la notificación de la demanda y no “hasta” allí puede conducir a pensar que es a partir de dicha notificación que se comienzan a capitalizar periódicamente los intereses que se deven-

guen con posterioridad²⁶. Y tal criterio ha sido adoptado en lo jurisprudencial. Así lo ha hecho la Cámara Nacional en lo Comercial Sala F²⁷, que ha resuelto la capitalización de los intereses desde la notificación de la demanda con una periodicidad de 6 meses, aplicando lo previsto en el inc. a) del art. 770 al supuesto del inc. b). Igualmente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo²⁸ y la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario²⁹ han seguido esta orientación, disponiendo estas últimas la capitalización anual desde la fecha de la notificación de la demanda. E incluso parece admitirla la propia Corte Suprema de Justicia de la Provincia, conforme se desprende de su pronunciamiento en la causa “Olivera”³⁰.

A nuestro juicio, en puridad, según el inc.) del art. 770 C.C. y C. la capitalización –acumulación de los intereses al capital- opera a partir de la notificación de la demanda, y de allí en adelante no hay más capitalización por imperio de dicha norma; ya que tal es la inteligencia correcta de la expresión *“la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la de-*

manda”³¹. No obstante, atento que los términos de la fórmula legal son en cierto modo equívocos, resulta admisible otorgarle la otra interpretación, que según hemos visto ha tenido acogida en lo jurisprudencial.- Y frente al dilema que se presenta con la prohibición de indexar de la ley 23.928, esta otra interpretación de la norma se muestra como una vía alternativa adecuada en estas circunstancias de agudización del proceso inflacionario.

El inc. b) del art. 770 es una norma de derecho común, y es una interpretación posible de la misma el sostener fundadamente que a partir de la notificación de la demanda se capitalizan periódicamente los intereses a devengarse con posterioridad, interpretación que si bien no compartimos, al margen de su acierto o error, es sustento suficiente de la decisión del juez y la ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad. Por tanto, resulta una vía válida para eludir la necesidad de declarar la inconstitucionalidad ley 23.928, ley federal que involucraría ineludiblemente la decisión de la Corte Nacional acerca de su aplicabilidad e

inteligencia, camino cuyas dificultades hemos memorado.- Y a su través, mediante una tasa bancaria apropiada y una capitalización del interés semestral, puede suplirse de modo significativo el impedimento de los arts. 7 y 10 de la llamada ley de convertibilidad.

4. Ajustes de la deuda que no impliquen indexación

Otro posible medio alternativo, por cierto circunscripto a situaciones en que pueda relacionarse directamente la obligación de dinero con bienes vinculados al contrato, sería practicar en la sentencia un ajuste de la deuda no en función de índices, sino determinado por el juez en el caso, con relación a la economía del negocio. Hecho lo cual cabría la aplicación de un interés puro desde la mora hasta ese momento y de ahí en adelante una tasa bancaria apropiada, capitalizando los intereses así fijados semestralmente desde la notificación de la demanda, de acuerdo a lo analizado en el punto anterior.

Por ejemplo, en materia de responsabilidad de aseguradoras por no cubrir en tiempo con la cobertura de segu-

ros de automotores, donde lo debido es una obligación de dar una suma de dinero³², de haber sido planteado y posibilitada su controversia, el juez al dictar sentencia podría ajustar el monto del capital en función del valor de la suma asegurada existente a ese momento para asegurar automóviles semejantes al siniestrado.

Al respecto cabe advertir que el impedimento de la ley 23.928 puede válidamente entenderse que está dirigido a impedir el uso de procedimientos automáticos de actualización o mecanismos de repotenciación de los créditos por medio de índices.- Lo prohibido genéricamente es la "indexación" por sus consecuencias, lo que no alcanzaría a una recomposición del capital dinerario que se vincule directamente con los valores económicos del contrato en particular³³. En tal sentido, la Corte ha dicho que *"la prohibición de indexar impuesta [...] procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como*

*referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios. Por tal motivo, la recomposición de la pérdida del valor adquisitivo ha de darse sector por sector y caso por caso"*³⁴.

No obstante lo antedicho, este procedimiento suma a sus limitaciones propias la circunstancia de poner en juego la interpretación de normas federales, cuya inteligencia correspondería en última instancia a la C.S.J.N. con independencia de un planteo de arbitrariedad.

III. Las deudas de valor ante la vigencia de la ley 23.928

1.- Situación de las deudas de valor
Las deudas de valor quedan al margen de las disposiciones de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 hasta el momento de su liquidación³⁵. El mismo art. 772 C.C. y C. lo corrobora al regularlas, contemplándolas como una categoría distinta de la obligación de dar dinero. En consecuencia, hasta

el momento de su determinación, las deudas de valor son susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes, que permitan una adecuada estimación del valor adeudado.

No obstante, una vez que el valor es cuantificado en dinero, de ahí en más las mismas se rigen por las normas de las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que implica que con posterioridad a dicho momento se plantea idéntico problema al analizado en los puntos anteriores. Lo que conduce a discurrir acerca de posibles mecanismos tendientes a preservar esa cuantificación de la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

2. Los intereses y su capitalización en resguardo de la condena

Una vía factible sería la que hemos examinado anteriormente. Esto es, mediante la aplicación de un interés puro desde la mora hasta el momento de la cuantificación y luego una tasa bancaria apropiada, y todo con una capitalización del interés semestral dispuesta desde la fecha de la notificación de la demanda³⁶.

3. Expresión de la cuantificación en “pesos oro”

Otro camino ha sido al que ha recurrido recientemente un tribunal bonaerense: la utilización del “peso oro” de la ley 1130 a los efectos de cuantificar la deuda de valor. El mismo, al resolver una demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, ha considerado que nuestro derecho positivo cuenta con tal herramienta legal y que esta trae una justa y equitativa solución al problema de la desvalorización de la moneda, y en consecuencia ha decidido liquidar los rubros condenados en una determinada cantidad de “pesos argentinos oro”³⁷, los cuales deberán ser convertidos a la otra moneda de curso legal vigente y de uso forzoso al momento de su efectivo pago, esto es el peso (\$), a la cotización realizada por el Banco Central de la República Argentina, con más un interés del 6% anual desde la mora³⁸.

Este procedimiento tiene apoyatura en la indudable vigencia de la ley 1130, de 1881, que estableciera como *unidad monetaria argentina* el “peso oro”, moneda de 1 gramo 6129 diez milési-

mos de gramo y título de 900 milésimos de fino; previéndose la acuñación de monedas de oro con un valor de cinco pesos (argentino) y dos pesos y medio (medio argentino) (arts. 1 y 2); ley que no ha sido derogada, aunque no circulen los argentinos y medios argentinos oro. Y mantiene su importancia ya que el “argentino oro” es utilizado como moneda de cuenta por otras leyes para fijar techos o topes indemnizatorios, y así el Código Aero-náutico (ley 17.825) y la Ley de la Navegación (ley 20.094) fijan en argentinos oro el límite de la responsabilidad del transportador por daños. Y por decreto 75 del 10 de enero de 1976 se ordenó que antes de la finalización de cada trimestre, el Banco Central de la República Argentina fije la cotización del “argentino oro” a los fines de las indemnizaciones previstas en dichos ordenamientos; la que regirá durante el trimestre subsiguiente (art. 1º). Lo cual hace con sustento en un procedimiento que permite calcular el precio del oro del “argentino oro” sobre la base de datos disponibles de la cotización de dicho metal en las plazas de Londres, Nueva York y París (art. 2º).

No obstante, esta solución no está exenta de algunas observaciones. La primera es, obviando los alcances antes indicados de la cotización del argentino oro que realiza el Banco Central de la República Argentina, que la misma se realiza trimestralmente, al fin de un trimestre para regir en el subsiguiente y en pesos moneda papel. Lo que implica que el valor determinado puede conducir a distorsiones en relación al valor de la deuda que se intenta cuantificar.

Por otra parte, aunque la ley 1.130 no fue derogada por la ley 23.928, ni tampoco por la ley 25.561 ni ninguna otra, inclusive la que sancionara el nuevo Código Civil y Comercial, podría considerarse que la utilización del “peso oro” o el “argentino oro” para mantener el valor de la deuda entra en colisión con la prohibición de indexar de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. Antes de su vigencia no existía tal impedimento, y en los hechos el peso oro habitualmente era usado como cláusula de estabilización de la obligación dineraria, mientras que esto es precisamente lo que prohíbe la ley 23.928³⁹.

Obviamente, aquí también estaría en discusión el alcance que cabe asignar a esta ley federal, que habilitaría en su caso la vía del recurso extraordinario ante la C.S.J.N (art. 14 inc. 3° ley 48) aún sin haberse declarado su inconstitucionalidad.- Y no puede invocarse lo decidido por esta en “Carello, Juan Miguel y otro c/ Camba Cua S.A.A.G.M.S. y otro”⁴⁰, ya que aquí el máximo tribunal se ocupó de una cuestión distinta, consistente en la eventual incidencia que podría tener la ley de desindexación 24.283 en la limitación de responsabilidad del transportador por persona dañada, hasta trescientos argentinos oro, establecida en el artículo 163 del Código Aeronáutico.

4. Expresión de la cuantificación en moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico

Por último, cabe señalar como posible que la cuantificación de la deuda de valor sea expresada en una moneda sin curso legal que “*sea usada habitualmente en el tráfico*”, lo cual está expresamente previsto en el art. 772 C.C. y C.

De ser así pretendido, que el juez exprese en su sentencia la liquidación de la deuda de valor en moneda sin curso legal permitirá mitigar los efectos de la aplicación del régimen de las obligaciones de dar dinero que subsigue a la cuantificación, ya que aunque ordene su cumplimiento en su equivalente en moneda de curso legal, hasta el momento del pago la deuda quedará en cierto modo a resguardo de la desvalorización del signo monetario nacional, al permanecer “indeterminada” la cantidad de dinero –el número de unidades de moneda de curso legal– necesarias para satisfacer la condena⁴¹.

En tal sentido, no compartimos el criterio de quienes, como Ossola, entienden que esta previsión del art. 772 es de imposible concreción de cara a las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo en los arts. 765 y 766 del C.C. y C., y así, siempre la evaluación de la deuda debería ser practicada en moneda de curso legal. Con sustento en que las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal son obligaciones de género y aquí se trata es de

establecer el monto de una obligación de dar dinero⁴². La moneda extranjera encarna la función de dinero *en sentido amplio* y además, el art. 772 otorga expresa autorización legal para que se exprese en la misma la cuantificación de las deudas de valor⁴³.

Cabe mencionar que en lo jurisprudencial y en materia de obligaciones alimentarias, se ha hecho aplicación de la posibilidad que brinda el art. 772 C.C. y C., cuantificando la cuota alimentaria en moneda extranjera⁴⁴.

De todos modos, debemos reconocer que este camino también plantea una dificultad, la relativa a cuál es el equivalente en moneda de curso legal en que debe cumplirse la condena expresada en moneda que no lo tiene. De no precisarse nada al respecto, debería serlo al tipo de cambio oficial al momento del pago⁴⁵, lo que en un contexto de control de cambios puede distorsionar el valor de la deuda que ha sido objeto de condena. Y a pesar de que a primera vista podría aparecer como atrayente definir una equivalencia determinada para preservar

su valor real hasta el cumplimiento -v.gr. la cotización que en el mercado financiero se conoce como dólar MEP tipo vendedor-, nos suscita dudas si esto no podría ser objeto de cuestionamiento bajo el argumento de plasmarse así un propósito indexatorio⁴⁶. Lo que involucraría la inteligencia de los arts. 7 y 10 ley 23.928, con las implicaciones ya reseñadas.

IV. Colofón

En el curso de este trabajo hemos examinado distintas alternativas frente al escenario que hoy se presenta, donde confluyen disposiciones legales que mantienen la general imposición de un nominalismo absoluto y un proceso de desvalorización monetaria que se agudiza. Por cierto, como se puede advertir, ninguna brinda una solución totalmente satisfactoria al problema, en orden a resguardar el valor original y real de la deuda dineraria, e incluso lograr la debida reparación del daño moratorio causado por su incumplimiento. Tal vez ello obedezca a que, por sobre todo, la

raíz del problema es la inflación misma, cuya desmesura subvierte todas las funciones que el dinero, este bien tan especial producto del ingenio humano, está destinado a cumplir.

Por supuesto, escapa al poder judicial poner freno a la raíz del problema, y tampoco puede excederse en su cometido pretendiendo suplir al legislador. Sin embargo, la función del juez es esencial al orden jurídico, lo que se aprecia con mayor relieve en los casos complicados o difíciles, como creemos que lo son los que deben resolverse en el contexto antes indicado. Función que debe ser cumplida con "sentido jurídico", que es algo más elevado que un simple razonamiento: es la exacta percepción de lo justo, la capacidad de expresarlo y darle actuación.- Como agudamente señalaba Biondo Biondi, *"escoger la norma y adaptarla al caso concreto no es empresa tan fácil y es precisamente en este campo donde se descubre el genio del jurista. No se trata de fabricar un silogismo cualquiera, con tal de llegar mecánicamente a un resultado, sino que es necesario llegar a un resultado que parezca justo [...] El*

*absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto.*⁴⁷ ■

CITAS

¹ Cfr.: MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Inflación y actualización monetaria*, ed. Universidad, Bs.As. 1981, pg. 338; MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad*, en *Convertibilidad del Austral. Estudios jurídicos. Primera Serie*, LUIS MOISSET DE ESPANÉS (Coord.), ed. Zavalía, Bs.As. 1991, pg. 35; CASIELLO, JUAN JOSÉ, *¿El fin de la indexación? (Reflexiones sobre la llamada "ley de convertibilidad del austral"*, en L.L. 1991-B, 1039, La Ley online, Cita Online: AR/DOC/12815/2001; *Ley de convertibilidad y desindexación*, en *Convertibilidad del Austral. Estudios jurídicos. Primera Serie*, (LUIS MOISSET DE ESPANÉS (Coord.), ed. Zavalía, Bs.As. 1991, pg. 78/79/81/84; CASIELLO, JUAN JOSÉ, *¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?*, en L.L. 2010-C, 709, La Ley online, Cita Online: AR/DOC/4711/2010.

² Así, CSJN, 07/03/2006, "CHIARA DÍAZ, CARLOS A. c. *Estado provincial*", en Fallos, 329:385,

La Ley online, Cita Online: AR/JUR/89/2006.

³ CSJN, 20/04/2010, "MASSOLO, ALBERTO JOSÉ c. *Transporte del Tejar S.A.*", en Fallos, 333:447, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/7507/2010.

⁴ CSJN, 20/12/2011, "BELATTI, LUIS ENRIQUE c. F.A. s/ cobro de australes", en DT2012 (febrero), 237, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/84377/2011; 8/11/2016, "PUENTE OLIVERA, MARIANO c/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL", Fallos: 339:1583.

⁵ Cfr., SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Una sentencia frágil sobre la prohibición legal de indexar*, en La Ley online, Cita Online: 0003/015039; CASIELLO, JUAN JOSÉ, *¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?*, en L.L. 2010-C, 709, La Ley online, Cita Online: AR/DOC/4711/2010; MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, *¿Es sustentable la prohibición de indexar?*, en La Ley online, Cita Online: 0003/015038; etcétera.

⁶ Cfr., MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obligaciones Dinerarias*, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pg. 129/130.

⁷ CSJN, "Humberto A. Vega c/ Cons. Prop. Edif. Loma Verde", Fallos: 316:3104; "JULIO

H. VALDÉS c/ ALBERTO D. CINTIONI", Fallos: 301:319; "OSVALDO ROTONDA c/ OSVALDO ANDREU y o.", Fallos: 303:524.

⁸ CSJN, "HALLADJIAN, JORGE ADOLFO, Fallos: 302:457; "GIARDELLI, MARTÍN ALEJANDRO c/ Estado Nacional -Secretaría de Inteligencia del Estado", Fallos: 325:1922; "RINALDI, FRANCISCO A. Y OTRO c/ GUZMÁN TOLEDO RONAL CONSTANTE y o.", Fallos: 330:855; etc.

⁹ CSJN, "SOSA, ARISTÓBULO y otros c/ Neuquén, Provincia del Agua y Energía Sociedad del Estado", Fallos: 310:211; "Clínica Pergamino SA. c/ Buenos Aires, Provincia de", Fallos: 312:2530, etcétera.

¹⁰ CSJN, "FERNÁNDEZ, FÉLIX y otros c/ Gobierno de Mendoza", Fallos: 326:2692; "Mutual de Residentes del Barrio de Tais de la ciudad de El Trébol c/ Superintendencia de Seguros de la Nación", Fallos: 327:831; etc.

¹¹ CSJN, "ORTIZ, FRANCISCO y otra c/ Banco Central", Fallos: 327:1899.

¹² CSJN, "BERÓN, LUISA VICTORIANA y otros y sus acumulados c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos",

Fallos: 328:91; “GROSVALD, GABRIEL c/ Aol Argentina SRL”, dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, Fallos: 329:4032; “CHIARA DÍAZ, CARLOS ALBERTO c/ Estado Provincial”, Fallos: 329:385, etcétera.

¹³ CSJN, “Asociación Mutua Carlos Mujica”, considerando 9°, Fallos: 326:3142; “Cafés La Virginia SA. c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 320:1166; etc.

¹⁴ CSJN, “Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c/ Dirección Nacional de Migraciones”, dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte, Fallos: 322:2346.

¹⁵ CSJN, “CAMUSSO VDA. DE MARINO, AMALIA c/ PERKINS S.A.”, Fallos: 294:434.

¹⁶ CSJN, “VIEYTES DE FERNÁNDEZ, JUANA (suc.) c/ Prov. Bs.As.”, Fallos: 295:973.

¹⁷ CSJN, “VALDES, JOSÉ RAQUEL c/ Nación”, Fallos: 295:937.

¹⁸ Esto es claramente señalado por la C.S.J.N. en “Massolo”. - Ver considerandos 13 y 15, Fallos: 333:447.

¹⁹ CSJN, “AQUINO, ISACIO c/ Cargo Servi-

cios Industriales S.A.”, considerando 14, Fallos: 327:3753.

²⁰ CSJN, “CHECMAREV, ALEJANDRO c/ YPF SA”, 4/8/2009, dictamen del Procurador General de la Nación del 31/5/2007; “PUENTE OLIVERA, MARIANO cl Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL”, dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, Fallos: 339:1583.

En tal sentido, parece objetable el fallo de la Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, en “A., M. C. s/ homologación de convenio (civil)” (25/06/2020, La Ley online, cita: TR LALEY AR/JUR/28266/2020).- El tribunal declara la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en cuanto prohíben la indexación automática de la cuota alimentaria fijada en el convenio celebrado a favor de una hija menor, con sustento en el superior interés de la menor beneficiaria y los derechos humanos de la misma emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño; al hacerlo, acoge el planteo del apelante “*en el sentido que la Ley de Convertibilidad y sus modificaciones fueron dictadas en un contexto socioeconómico absolutamente diferente*” al de la celebración del acuerdo, y lo funda en que a 10 años del pronunciamiento de la CSJN en Massolo “... es imposible seguir negando la realidad y mantener un nominalismo ortodoxo, frente a una inflación inte-

ranual superior al 48% del Índice de Precios al Consumidor al mes de marzo de 2020 según el INDEC”.

²¹ CSJN, “GROSVALD, GABRIEL c/ Aol Argentina SRL”, dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, Fallos: 329:4032.

²² Un significativo esfuerzo en el sentido de fundar debidamente el agravio constitucional que en el caso provocaban los arts. 7 y 10 ley 23.928 lo realiza el reciente fallo de la Cám. del Trab. Sala I, Córdoba, Córdoba; 24/07/2023, en “GÓMEZ, AURELIA DE LOURDES vs. Mix Frut S.R.L. s. Ordinario – Despido” (Rubinzal Online; RC J 2880/23).

²³ CSJN, “GARCÍA, JAVIER OMAR c/ UGOFE S.A. y otros”, 7/3/2023, Fallos: 346:143; “LEIVA, FERNANDO RAMÓN c/ MESA, DIEGO ADRIÁN y otros”, 7/3/2023, causa: CIV 114052/2010/1/RH1; “BUFFELI, MARÍA EMILIA c/ Transportes Automotores Riachuelo S.A. (TARSA) y otros”, 13/6/2023, causa: CIV 106152/2012/1/RH1.

En verdad, estos pronunciamientos del más alto tribunal nacional nos parecen pasibles de reparos.- Según el primero de ellos, a cuyos fundamentos remiten los dos restantes, “la multiplicación de una tasa de interés –en este caso, al aplicar “doble tasa activa”- a partir del

1° de agosto de 2015, resulta en una tasa que no ha sido fijada según las reglamentaciones del Banco Central”; por lo que se sostiene que las decisiones en recurso no se ajustaban a los criterios previstos por el legislador en el art. 768 C.C. y C..- Y si bien este considerando podría ser entendido como “obiter dicta” en el primer fallo, ya que lo decisivo en la solución del caso era la violación del principio de congruencia por la Cámara señalada en su dictamen por el Procurador Fiscal, al que se remite, según el pronunciamiento en “Leiva”, y posteriormente en “Buffeli”, no lo ha sido para la Corte.- Máxime cuando en “García”, el Procurador Fiscal Víctor Ernesto Abramovich Cosarin había sustentado su dictamen sólo en la referida violación del principio de congruencia del tribunal inferior.- Mientras que en el segundo, “Leiva”, el mismo procurador fiscal sostuvo que la sentencia había fijado “los intereses sobre la base de una interpretación de normas de derecho común, considerando las circunstancias concretas de la causa”, para dictaminar que correspondía rechazar el recurso extraordinario que luego acogió la Corte.

La posición de la Corte no es clara en su fundamento al decir, lacónicamente, que lo determinado por los tribunales inferiores “... resulta en una tasa que no ha sido fijada según las

reglamentaciones del Banco Central”.- Frente a la obscuridad del texto del inc. c) del art. 768, norma de derecho común que mayoritariamente ha sido interpretada en el sentido de que no coarta la razonable discreción judicial en la determinación de la tasa del interés moratorio, debió explicar el verdadero sentido de tal afirmación en orden a demostrar la arbitrariedad, que era lo que podía estar en cuestión.- Adviértase además que la necesidad de una mayor explicitación de su decisoria la imponía lo que dispone antes el art. 767 C.C. y C., ya que en el caso de los intereses compensatorios expresamente el legislador dice que, en última instancia, la tasa del interés “puede ser fijada por los jueces”, reafirmando la facultad que estos siempre han tenido para hacerlo en función de las variables circunstancias económicas y de cada caso.

²⁴ Cfr., CASIELLO, JUAN JOSÉ, en Código Civil y normas complementaria. Análisis doctrinario y jurisprudencial, ALBERTO J. BUERES (Dir.) y ELENA I. HIGHTON (Coord.), ed. Hamurabi, Bs.As., 1998, T° 2A, art. 623, pg. 487.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr.: Santarelli, Fulvio G., *El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial*,

LA LEY 2018-B, 1045, Cita: TR LALEY AR/DOC/812/2018; HADAD, ANDRÉS O. Y RODRÍGUEZ, VICTORIA, *Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial*, RCCyC 2019 (septiembre), 39, Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019.

²⁷ En autos “BORRAS, RICARDO ALFREDO y otros c/Caja de Seguros SA s/ ordinario” EXPTE. N° COM 43798/2010.

²⁸ Acta CNAT N° 2764, del 7/9/2022.

²⁹ Acta acuerdo de fecha 27/3/2023.

³⁰ CSJSFe, “OLIVERA, MIGUEL ÁNGEL c/ Supermercado San Jorge SRL y otros -cobro de pesos laboral”, 31/10/2017.- Según sus fundamentos, la Corte no descalifica la sentencia en recurso, en lo que nos interesa, por haber dispuesto la capitalización de los intereses moratorios desde la notificación de la demanda en adelante, sino solamente por haberlo hecho cada 4 meses; considerándose irrazonable una periodicidad de capitalización inferior a los 6 meses, que es el límite temporal establecido por el inc. a) del art. 770 C.C.C. para evitar los abusos.

³¹ Cfr., MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obliga-*

ciones Dinerarias, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pág. 248.- En igual sentido, PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Tratado de Obligaciones*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T° I, §164, pg. 530.

³² Entendemos que la deuda por indemnización del asegurador debe considerarse una obligación de dar dinero y no una deuda de valor.- No obstante, en CNCom. en pleno, 29/1978, “MUSSA DE GÓMEZ DE LA VEGA, MARÍA c. La Defensa, Cía. de Seguros” (L.L.1978-D, pg. 756 y ss.), se reflejaron las dos posturas existentes al respecto; ver votos Quintana Terán y Morandi (reputándola deuda de dinero), y voto Dr. Bosch (considerando que es una deuda de valor).

³³ Ya en los comienzos de la vigencia de la prohibición de indexar fue decidido que no existe impedimento proveniente de la ley 23.928 y disposiciones complementarias, para que con posterioridad al 31/3/91 y hasta el efectivo pago se utilice como sistema de cálculo de ajuste de la deuda el precio de un automotor de similares características del que fuera objeto del contrato de ahorro previo para fines determinados (CNCom., sala A, 07/07/1995, “Hércules S. A. c. Kurtz, Arilindo y otro.”, en L.L. 1996-B, 716,

DJ1995-2, 977, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/3032/1995; CNCom, sala A, 20/10/1994, “Autolatina Arg. S. A. de Ahorro para fines determinados c. Vecino, Rodolfo H.”, en La Ley online, Cita Online: AR/JUR/1027/1994; CNCom., sala A, 01/09/1994, “Volkswagen S. A. c. Krell, EDGARDO JOSÉ y otro”, en La Ley online, Cita Online: AR/JUR/3878/1994).

³⁴ CSJN, 07/03/2006, “CHIARA DÍAZ, CARLOS A. c. Estado provincial”, considerando 11, Fallos, 329:385; 20/04/2010, “MASSOLO, ALBERTO JOSÉ c. Transporte del Tejar S.A.”, considerando 16, Fallos, 333:447.

³⁵ SCBs.As., 28/10/1997, “VENIALGO, RAMÓN A. Y OTROS c. DÍAZ, HÉCTOR A. y otros”, en LLBA 1998, 346, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/2891/1997.- En el mismo sentido: CNAp.Civ. y Com. Federal, sala II, 31/03/1998, “MÉNDEZ, FERNANDO G. c. JÄGER, EMILIO y otros”, en L.L.1998-F, 255, DJ 19992, 181, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/3376/1998; CNCiv., sala D, 02/11/1995, “DUBUIS, LIDIA E. c. ZURANO, PLÁCIDO y otros”, en DJ 1996-1, 515, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/2299/1995; CNAp. Civ. y Com. Federal, sala II, 12/04/1994, “MELE, MARIO O. y otro c. Segba”, en L.L.1994-D, 415, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/2424/1994; etc.

³⁶ En lo relativo a la procedencia de la aplicación del art. 770 inc. b) C.C. y C. a las deudas de valor, remitimos a MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., La capitalización de intereses por demanda judicial en las deudas de valor, El Derecho, 29/11/2022, Cita Digital: ED-MMMDCCLVI-978.

³⁷ Debe advertirse que la expresión “*pesos argentinos oro*” puede dar lugar a confusión.- El “*peso oro*” es la unidad monetaria creada por la ley 1130, mientras que “*argentino oro*” es la moneda de cinco pesos oro según tal unidad.

³⁸ Juzgado en lo Civil y Comercial n° 3 de Avellaneda (Buenos Aires, //2023, Expte. N° AL-21344-2021, “M. M. I. c/ Salvatela S A s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)”, (sentencia no firme), en elDial.com - AAD86F.

³⁹ Cfr., TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., en Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, JORGE H. ALTERINI (Dir. General), ed. La Ley, Bs.As. 2015, T° IV, art. 766, pg. 187; MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obligaciones Dinerarias*, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pg.134/135; PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Tratado de Obligaciones*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T° I, §141, pg. 457.

⁴⁰ CSJN, 20/8/1996, Fallos: 319:1486.

⁴¹ En este caso, claro está, corresponde aplicar como interés moratorio un interés puro, del 6 al 8% anual.

⁴² Cfr., OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RICARDO LUIS LORENZETTI (Dir.), MIGUEL F. DE LORENZO Y PABLO LORENZETTI (Coord.), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T° V, art. 772, pg. 159; y en *Derecho Civil y Comercial*, (JULIO CESAR RIVERA Y GRACIELA MEDINA, Dir.), ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2016, “Obligaciones”, §143, pg. 322.

⁴³ Cfr., MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obligaciones Dinerarias*, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pg.275/276; PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Tratado de Obligaciones*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T° I, §143, pg. 460.

⁴⁴ Cám.1a Ap. Civ., Com., Minas, Paz y Trib. de San Rafael, 19/08/2015, “F., M. C. c. K., M. s/ alimentos provisorios – compulsu”, en RCC y C, 17/09/2015, 102, LLGran Cuyo 2015 (noviembre), 1129, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/27854/2015.- Allí se ha decidido: “*Tratándose la obligación alimentaria*

de una deuda de valor, cuya categoría fue consagrada en el art. 772 del Código Civil y Comercial, no existe obstáculo legal para que sea fijada en moneda extranjera —euros—, ello a fin de mantener indemne la obligación frente a los efectos de la inflación, máxime cuando, tratándose de un deudor alimentario residente en el extranjero que percibe sus ingresos en una moneda de marcada fortaleza y estabilidad, no se corre el riesgo de que la obligación se torne excesivamente onerosa.”.- “El hecho de que, por tratarse de una deuda de valor, la obligación alimentaria pueda fijarse en moneda extranjera, no significa que deba ser pagada necesariamente en esa divisa, con lo cual el deudor tendrá la opción de abonarla en su equivalente de moneda de curso legal en Argentina — en el caso, tomando como base para el cálculo el valor oficial del euro, tipo vendedor, que informe el Banco de la Nación Argentina para el cierre de operaciones del día anterior al de la fecha del pago—, ello por aplicación de los arts. 722, 765 y siguientes del Código Civil y Comercial.”

⁴⁵ No debe olvidarse que aquí no nos encontraríamos con una obligación estipulada en moneda sin curso legal, en los términos del art. 765 C.C. y C., sino que es el caso de una deuda de valor cuya cuantificación ha sido expresada en moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico.-

Lo que torna a nuestro juicio inaplicables los procedimientos que la jurisprudencia ha desarrollado en derredor del supuesto previsto en el art. 765, a los fines de permitirle al acreedor de moneda sin curso legal obtener un “equivalente” que le posibilite adquirir por mecanismos lícitos la cantidad de moneda debida (p.ej., cotización conocida como dólar MEP).

⁴⁶ La CSJN, en “ROMERO, JUAN ANTONIO y otros c/ en -M° Economía y otro”, descalificó por violatoria de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 la decisión que había regulado honorarios en un porcentaje de una cantidad determinada de moneda extranjera, y dispuesto que los mismos se expresarían en moneda nacional según el tipo de cambio vigente en una fecha futura, pues se consideró que ese proceder tiene un evidente propósito indexatorio de las retribuciones fijadas, al estabilizar su valor vinculándolo con el del dólar estadounidense (18/12/2018, Fallos: 341:1975, ver dictamen de la Procuradora Fiscal al que la Corte remite).

⁴⁷ Cfr., BIONDI, BIONDO, “*Arte y Ciencia del Derecho*”, trad. Ángel Latorre, ed. Ariel, Barcelona, 1953, pg. 157.