

REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY

FUNDADORES

LEONIDAS ANASTASI
(1890-1940)

JERONIMO REMORINO
(1902-1968)

A. ROBERTO FRAGA PATRAO
(1897-1977)

Director

JORGE HORACIO ALTERINI

Subdirector

MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

LA LEY

SOCIEDAD ANONIMA

BUENOS AIRES, 2011

ISSN 0024-1636

DEFENSA DEL VALOR DE LA MONEDA VS. DERECHOS DE PROPIEDAD (A PROPOSITO DE LA INDEXACION)

POR ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. II. Cuestiones terminológicas. III. La experiencia argentina. Replanteo. IV. Reflexión final.

I. Planteo

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; (1) empero, en lo relativo a su "defensa", halló su ruta hacia el texto expreso de la Constitución nacional sólo 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, (2) fijar el valor de la misma (3) y, además, defender ese valor. (4)

En 1994, y hasta antes de la crisis del 2001/2002, el art. 75, inc. 19, podía ser razonablemente leído en el sentido de que contenía una obligación legislativa (5) 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. (6) 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, (7) la norma parecía corresponderse con un banco central respaldando el valor de cada peso circulante. (8) 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 implicaba prohibir la emisión sin respaldo". (9) En esa escena, para no trasladar inflación pasada al futuro, el legislador prohibía la indexación. (10)

Pero en ocasión de la mencionada crisis, desanudado el peso respecto del dólar estadounidense en virtud de la ley de emergencia, (11) mas manteniéndose la prohibición de ajustes de

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

(2) Art. 75, inc. 6, Const. Nacional.

(3) Art. 75, inc. 11, Const. Nacional.

(4) Art. 75, inc. 19, Const. Nacional.

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

(6) L. 23.928 (Adla, LI-B, 1752), 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".

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

(8) L. 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".

(9) GELLI, Constitución... cit., t. II, p. 200, con cita de BIDART CAMPOS, Germán, J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 385.

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

(11) L. 25.561 (Adla, LXII-A, 44), art. 3º: "Deróganse los artículos 1º (...) de la Ley 23.928 con las modificaciones incorporadas por la Ley Nº 25.445 (Adla, LXI-D, 4043)".

la época de la convertibilidad, (12) la manda de defensa del valor de la moneda del inc. 19 pareció ser objeto de una suerte de demolición: pasamos a necesitar mucho más que un peso para adquirir un dólar estadounidense. (13) Y en forma concomitante, los precios de los bienes y servicios —excluyendo los congelados por la ley de emergencia (14)— comenzaron a elevarse en un *continuum* que no cesa, en franca agresión a los derechos de propiedad del art. 17, Const. Nacional.

Dos fuerzas, entonces, se instalaron entre nosotros, pareciendo condicionar una a la otra: (15) 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 descrito —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

(12) Art. 4º: "Modifícase el texto de los arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 10 de la Ley N° 23.928 y su modificatorio, que quedarán redactados del siguiente modo: ... "Art. 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 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."

(13) Según LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 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.

(sección 2.), 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 3.), pues es en ese campo que parecerían haber cruzado espadas las dos tendencias aludidas. Finalmente, esbozo unas reflexiones finales (sección 4).

II. Cuestiones terminológicas

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.

a) 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. (16) 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. (17) La depreciación (y apreciación) será un fe-

(14) V.gr., los servicios públicos, con tarifas congeladas en virtud del art. 8º de la L. 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 4/9/2011, p. 2, "acuerdos resueltos ratificados por el Poder Ejecutivo nacional mediante decreto".

(15) Sobre cómo la justicia distributiva puede condicionar la justicia conmutativa ver GUIBOURG, RICARDO A., "Mercado entre dos justicias", en *Provocaciones en torno del derecho*, Edudeba, Buenos Aires, 2002, pp. 115/119, esp. p. 118.

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

(17) SAMUELSON - NORDHAUS, *Economía...* cit., pp. 664/665; MANN, *The Legal Aspect...* cit., p. 60.

nómeno 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. (18)

Ya en el plano doméstico, se obtendrá el resultado de depreciación aumentando la cantidad de moneda circulante. En esa escena, la depreciación resultante favorecerá a los deudores a expensas de los acreedores, y esa depreciación alentará las exportaciones y tornará difíciles las importaciones. (19)

b) 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 desprecia; el resultado es la inflación. (20) De este modo, la inflación será el efecto de esa sobreoferta en relación a los bienes y servicios.

(18) 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, pp. 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 N° 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, 73rd Cong., 1st Sess. En igual sentido, Belluscio, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, 3ra. reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 3, p. 90, y sus citas.

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

(20) LLAMBIAS, Jorge J. (RAFFO BENEGAS, Patricio, act.), *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, 4ta. ed., Emilio Perrot, Buenos Aires, 1994, t. II-A, 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

siguiendo en esa postura interpretativa, considerando a la moneda una mercancía sujeta a las fluctuaciones de la oferta y la demanda, (21) 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 sólo en el supuesto de pleno empleo, (22) además de admitirse la posibilidad macroeconómica de una inflación deliberada, planificada y no resistida para predecir el nivel de precios con certeza. (23)

Sin necesidad de calificar a la inflación como causa o efecto, cierta doctrina económica definió al *inflationismo* 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 exportaciones, 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. (24)

El fenómeno apasiona a pluralidad de disciplinas. Se ha afirmado que cualquier consideración ética de la cuestión determinará la injusticia (25) intrínseca de la inflación cuando el signifi-

que cada día que pasa se puedan adquirir menos bienes o servicios con la misma cantidad nominal de dinero".

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

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

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

(24) VON MISES, *The Theory...* cit., pp. 251/253.

(25) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, 7ma. ed. act., Emilio Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 174; LLAMBIAS, *Tratado...* cit., t. II-A,

cado 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 antimocramática 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 ésta se le hicieran saber las verdaderas circunstancias reinantes. (26) Y el Derecho constitucional verá siempre agravada la justicia conmutativa cuando "procesos inflacionarios intensos y extendidos distorsionen el valor nominal de la moneda", (27) amén 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. (28) Se percibe, así, a la inflación, como una expropiación forzosa sin indemnización, i.e., como una confiscación. (29)

c) 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. (30) La "superación del nominalismo" se yergue como "un imperativo de justicia", (31) siendo la justicia "el valor supremo del derecho, su meta". (32)

p. 263; LLAMBIAS, Jorge I., "¿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, t. 72, pp. 697/703, esp. p. 698.

(26) VON MISES, The Theory... cit., p. 255.

(27) GELLI, Constitución... cit., t. II, p. 170, y su remisión a su t. I, p. 9.

(28) GELLI, Constitución... cit., t. II, p. 200, n. 451; DALLA VIA, Alberto R., Derecho constitucional económico, 2ª ed., Lexis Nexis 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, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 385.

(29) GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al Derecho, 4ta. ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 448; BIDART CAMPOS, "La indexación..." cit., p. 700.

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. (33) Se vela por el valorismo, en cambio, atendiendo a los diversos medios que a continuación se repasan.

d) 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. (34) 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". (35) Puede destacarse que tal proceso ha sido fundado en razones de justicia o equidad. (36)

Un antiguo antecedente de cláusula de indexación data de 1575, y puede afirmarse que la indexación ha sido utilizada, regularmente, a

(30) 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, pp. 503/524, esp. p. 523.

(31) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, Derecho monetario... cit., p. 139.

(32) Ídem n. 31.

(33) RAPOPORT, 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.

(34) LLAMBIAS, Tratado... cit., t. II-A, p. 258 y sus citas en n. 171; MANN, The Legal Aspects... cit., p. 146.

(35) LLAMBIAS, Tratado... cit., t. II-A, p. 262.

(36) TROTMAN-DICKENSON, DANUSIA I., Economics of the Public Sector, Macmillan, Londres, 1996, p. 162; LLAMBIAS, Tratado... cit., t. II-A, pp. 262/263; BORDA, Tratado... cit., t. I, p. 174 y ss.

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. (37) 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. (38)

Una mirada retrospectiva a la jurisprudencia estadounidense permite recoger la amplia aceptación de la indexación en la práctica, (39) y lo mismo ocurre a partir de legislación de nuestro país que se ha hecho eco de la necesidad de indexación de deudas, (40) sin perjuicio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. (41) 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

(37) MANN, The Legal Aspect... cit., p. 164; NUSSBAUM, Money in the Law... cit., pp. 302/303.

(38) Por todos, NUSSBAUM, Money in the Law... cit., pp. 301/302.

(39) 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.

(40) Así, las enumeradas en MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, Derecho monetario... cit., p. 177: DL 6590/62; L. 19.144; L. 19979; L. 21.362 y Dto. 1529/76; L. 21.391 (Adla, XXXVI-C, 2094); L. 21.508; L. 21.581 (Adla, XXXVII-C, 2464).

(41) 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, pp. 170/172; y la entrevista que se le realiza, reproducida en ROSSI, Abelardo F., Algunos modos del saber humano, El Derecho, Universitat, Buenos Aires, 2003, p. 58.

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, mas al 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. ¿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, (42) así como las relativas a la interpretación de los alcances de la intangibilidad en la remuneración de los magistrados (43) 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

(42) Se trata de una evolución que, con posterioridad al 2002, abarca "Cura, Julio", Fallos: 325:1619 (2002); "Casella, Carolina", Fallos: 326:1431 (2003); "Domínguez, Amparo C.", Fallos: 326:1436 (2003); "Makler, Simón", de 20/05/2003; "Tudor, Enrique J.", Fallos: 327:251 (2004); "Spitale, Josefa E.", Fallos: 327:2731 (2004); "Sánchez, M. del 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 27/05/2009; "Elliff, Alberto J.", de 11/08/2009.

(43) Pueden verse CNACAF, Sala III, "Otero, Luis C. c. EN - CSJN - CM s/art. 110 CN s/empleo público", de 29/6/2007, suscripta por los Dres. María Angélica Gelli, Alberto B. Bianchi y Rafael M. González Arzac (en disidencia parcial); CNACAF, Sala IV, "Botto, Ernesto R. y otros c. EN - CSJN - CM s/art. 110 CN s/empleo público", de 20/6/2008, suscripta por los Dres. Eduardo Merteikian, Norberto Padilla y Juan V. Sola; CNACAF, Sala IV, "Alterini Jorge H. y otros c. EN - CSJN - CM s/art. 110 Constitución - s/empleo público", de 12/6/2008,

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.

a) 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

suscripta por los Dres. Alberto B. Bianchi, Pablo E. Perrino y Rafael M. González Arzac (en disidencia); CNACAF, Sala III, "Del Castillo, Miguel J. y otros c. EN - CSJN - CM s/art. 110 CN", de 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", de 23/6/2011; M. 508. XLIV, "Morales, Fernando T. y otros c. Pcia. de Córdoba s/amparo", de 12/7/2011; entre otros.

(44) 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. pp. 35/36; aumento de

de la inflación) se produce un aumento de la recaudación. Argentina conoce muy bien ambos supuestos. (44)

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. (45) 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. (46) 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 gravable, salvo que se permita el ajuste mediante indexación. (47) 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 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, (48) pero la sola demora o lag en esa redeterminación seguiría siendo nosciva, sin perjuicio de lo señalado sobre impuestos al consumo.

en vigencia de la L. 23928 de convertibilidad, conf. ver RAPOPORT, Historia... cit., pp. 795/796.

(45) MANN, The Legal Aspect... cit., p. 104.

(46) TROTMAN-DICKENSON, Economics... cit., p. 162.

(47) TROTMAN-DICKENSON, Economics... cit., pp. 222 y 253

(48) Ver www.presidencia.gov.ar, 1º/4/2011: "El gobierno dispuso aumentar en un 20% el mínimo no imponible para el impuesto a las ganancias: Se dispuso un inmediato aumento del 20% al mínimo no imponible para el pago del impuesto a las ganancias. (...) El sueldo mínimo para aportar el pago de ganancias pasó a ser de \$ 7998 para un trabajador

b) De Aristóteles a las trampas:

No obstante la evidencia aludida, a esta altura correspondería detenerse en algunas de las críticas (49) 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 (50) 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 nosotros depende muda su valor y hacerla inútil". (51) Este pasaje es comentado por Santo Tomás en el sentido de que de 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". (52) 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

casado con dos hijos, y de \$5782 para el trabajador soltero, y por ende alcanzará "alrededor del 10% de los trabajadores registrados." Estas cifras eran, respectivamente, de \$3346 y \$4576 en 2007, conf. L. 26.287 y Dto. 1127/2007.

(49) NUSSBAUM, Money in the Law... cit., pp. 306/307 y MANN, The Legal Aspect... cit., pp. 89 y 92.

(50) ARISTOTELES, Obras completas, Omeba, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 145; ver, asimismo, MANN, The Legal Aspect... cit., p. 92.

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

(52) SANTO TOMAS DE AQUINO, La justicia... cit., p. 154.

(53) BROKELIND, Cécile, "Discussion of Some Legal Issues Raised by the Introduction of the Euro", en CFE

nominalismo y *nómos* o ley en griego. (53) 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. (54) Finalmente, habría supuestos de justicia conmutativa en términos aristotélicos, resueltos por la Corte Suprema argentina, en los cuales el nominalismo ha sido desplazado. (55)

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, sólo beneficia al deudor cuando la depreciación es inesperada: (56) 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. (57) La Corte Suprema argentina se ha hecho eco de la inclusión, en los precios contractuales, de la esperable depreciación posterior. (58)

El conocido (ii), lindante con el círculo vicioso, me lleva a considerar que los efectos de la inflación pesarían, 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— recaerían en determina-

Working Paper Series, Centre for European Studies at Lund University, Suecia, 1999-2004, N° 25.

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

(55) ROSSI, obras citadas en n. 42.

(56) VON MISES, The Theory... cit., p. 252.

(57) 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.

(58) Ver A. 1176. XLIII. Recurso ordinario, "Austrofueguina S.A. y otro c. E.N. - M° de Economía s/ proceso de conocimiento", del 24/11/2009, cons. 7º: "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".

das porciones de la sociedad. La doctrina (59) y la Corte Suprema se han detenido en esos efectos inflacionarios, (60) y ésta 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 acápites d) y e).

c) *Ajustar para evitar la confiscación:*

La literatura económica coincide (61) en que el nominalismo debe ceder ante: (i) la hiperinflación o inflación galopante, si bien ésta 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", (62) fallado en 2009.

En 1978, a efectos del pago del impuesto a las ganancias, se estableció, por L. 21.894 (Adla, XXXVIII-D, 3394) (luego modificada luego por L. 23.260) (Adla, XIV-D, 3560), el "ajuste por

inflación". Este ajuste se vedó en 1992 por L. 24.073 (Adla, LII-B, 1572), art. 39, (63) vigente la ley de convertibilidad 23.928 (Adla, LI-B, 1752), que prohibía en su art. 10 todo tipo de cláusulas indexatorias (64) asegurando una inflación igual a cero y consagrando un (previsible) nominalismo. Por último, en 2002, la L. 25.561 (Adla, LXII-A, 44), art. 4 (65) y el Dto. 214/2002 (Adla, LXII-A, 117), art. 5, (66) 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 (67) en épocas de convertibilidad, pasó a convertirse en un tormento jurídico-contable en épocas de emergencia declarada, creando un apartamiento de la realidad económica lindante con la arbitrariedad. (68) Se imponía, entonces, la aplicación de la jurisprudencia que: (i) permite

(59) Ver JARACH, Dino, Finanzas públicas y Derecho tributario, 3ra ed. reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 502/503 y pp. 656/657.

(60) Es ilustrativo M. 913. XXXIX. RHF "Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A., del 20/4/2010, consids. 15 y 16.

(61) Por todos, MANN, The Legal Aspect... cit., pp. 104/106.

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

(63) "A los fines de las actualizaciones de valores previstas en la L. 11.683 (Adla, LVIII-C, 2969), 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 L. 23.928, las tablas e índices que a esos fines elabora la DGI para ser aplicadas a partir del 1º 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 (...)"

(64) El art. 10, en su versión original, decía: "Deróganse, con efecto a partir del 1º del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, ac-

tualización 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 correspondan pagar, sino hasta el día 1º de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral".

(65) Ver n. 12., supra.

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

(67) La adecuada adjetivación es de DIEZ, Humberto, "Período 1898-1999", en FÍAZ, 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, pp. 953/999 esp. p. 962.

(68) BIANCHI, Alberto B., "El apartamiento notorio de la realidad económica como causa de arbitrariedad en las sentencias", en ED, 116-772; "Rodríguez Móreño c. MCBA", Fallos: 295: 65 (1976); "MCBA c. Ratto", Fallos:

indexar en épocas de marcada inflación, (69) así como la de aquella práctica jurisprudencial que (ii) fija límites constitucionales a la presión fiscal, (70) (iii) permite evaluar inconstitucionalidades sobrevinientes, (71) (iv) fija bases éticas para recaudar, (72) y (v) exige el deber de lealtad por parte de la Administración (73) cuando la primera lealtad debe ser hacia la realidad, hacia los términos reales.

"Candy", (74) 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,

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.

(69) "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, n. 61.

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

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

(72) 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 S.A. c. DGI", Fallos: 310: 714 (1987), esp. p. 718.

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

(74) Ver n. 62.

(75) En el cons. 13 aparecen los hechos relevantes: "En 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 convertibi-

alavaló 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% ó 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 correspondiente al año 2002 - año marcado por una fuerte inflación, (75) con elevados índices. (76) "Candy" es el *leading case*, (77) pero es inaplicable cuando la única

lidad y l 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 (confir. cifras oficiales publicadas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos)."

(76) 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.

(77) A. 587. XLII, 27/4/2010, "Alica S.A. c. AFIP y otro s/ acción de amparo"; E. 386. XLII, 27/4/2010, "Flexiprin S.A. c. AFIP y otro s/ acción de amparo"; A. 2018. XLII, 4/5/2010, "Álvarez, 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 de Santa Cruz c. EN y otros s/ acción declarativa"; C. 45. XLV, 4/5/2010, "Christensen Roder Argentina S.A. c. EN - Mº Economía AFIP ley 24.073 - dto 214/02 s/ proceso de conocimiento"; C. 53. XLV, 4/5/2010, "Carvalán Goñi, Carlos c. AFIP / DGI s/ inconstitucionalidad"; C. 107. XLV, 4/5/2010m "Callaba, Pedro A. c. AFIP - DGI s/ ordinario"; E. 96. XLIII, 4/5/2010, "Emec SRL c. AFIP - DGI s/ ordinario"; F. 307. XLIV, 4/5/2010, "Fluodinámica SA c/ AFIP - DGI s/ acción declarativa de certeza"; E. 320. XLV, 4/5/2010, "Favra SAIC c. EN - AFIP - DGI s/ Dirección Nacional Impositiva"; L. 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

prueba pericial es la generada unilateralmente por la actora. (78)

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, justificable, fue la confiscación a sufrir en caso de no aplicarse el ajuste por inflación. (79)

d) La construcción del índice:

Si bien se acepta la indexación para el mantenimiento de la armonía con los términos reales, se ha afirmado (ver acápite b), *supra*) que los índices disponibles pueden resultar arbitrarios o tramposos. Ello no parecería una vía tan deseable: del índice pueden depender reajustes a deudas de Derecho privado, así como ajuste a deudas públicas. Los bonistas que adquieren títulos indexables querrán que ese índice sea lo más fidedigno posible respecto del nivel de precios para que no se erosione su inversión, y el Estado deudor querrá que sean indexados a

Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza"; S. 30. XLV, 4/5/2010, "Sejas y Fernández Sociedad de Hecho c. EN - AFIP - DGI - LEY 24.073 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 mere declarativa - medida cautelar"; S. 754. XLIV, 4/5/2010, "SADESA S.A. 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. A.F.I.P. - D.G.I. s/ordinario"; entre muchos otros.

(78) B. 446. XLIII, 19/5/2010, "Bertoto y Bruera y Cía SACyP 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"; L. 759. XLII, 19/5/2010, "Lattanzi, Juan Carlos c. AFIP y/o E.N. s/amparo y medida cautelar"; G. 1884. XLII, 19/5/2010, "Griboaud, Ricardo A. c. PEN s/amparo ley 16986 - medida cautelar"; T. 362. XLI, 19/5/2010, "Tecsá S.A. 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 16986 y medida cautelar"; F. 1260. XLII, 19/5/2010, "Forzani, Roberto F. c. P.E.N. s/amparo ley 16986 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. E.N. (PEN) y otro s/amparo"; P. 1099. XLII, 19/5/2010, "Pesce, Jorge O. c. E.N. (PEN) y otro s/

la menor tasa posible para no deber tanto. Al mismo tiempo, las empresas privadas, emitiendo títulos no indexables, estarán en situación de desventaja para captar capitales en comparación con el Estado emisor de títulos indexables, (80) y lo mismo ocurrirá si la indexación aplicable a los títulos emitidos por esas empresas privadas no se condice con la realidad.

En Reino Unido, el Consumer Price Index (índice de precios al consumidor), y el Retail Price Index (índice de precios minoristas), miden los cambios en los precios de bienes y servicios adquiridos para consumo en ese país. Los precios son registrados en forma mensual y corresponden a una "canasta". Los recolectores de precios acuden a gran cantidad de comercios y mayoristas y registran más de 120000 precios por mes, correspondientes a más de 650 bienes y servicios; estos precios son ponderados para asegurar que reflejen la importancia relativa de los ítem en la canasta; y la canasta y las ponderaciones son revisadas anualmente. (81) Hay

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, Nelson B. c. PEN - Mrio. de Econ. s/amparo y medida cautelar"; M. 449. XLIII, 10/5/2010, "Milicic S.A. c. E.N. (AFIP - DGI) s/acción mere 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 16986 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 - M° EyOSP - AFIP - Ley 24.073 s/amparo ley 16.986"; entre muchos otros.

(79) Ambos extremos, en los casos tributarios, se entrelazan: en "Massachusetts v. Mellon", 262 U.S. 447 (1923), la Corte Suprema estadounidense resolvió que, para determinar la legitimación activa del contribuyente, éste 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.

(80) Trotman-Dickenson, Economics... cit., p. 287.

(81) Conf. www.statistics.gov.uk : se eliminan productos o servicios (por ej., cigarrillos expendidos por máquinas; hardboard) y se incorporan productos otros (por ej., suscripciones de internet, discos blu-ray o servicios de niñera), se unifican productos estacionales (blazers de verano, blazers de invierno), etc.; en cuantía

restricciones sobre los datos para determinar el PPI: no se publica la información atribuible a una organización en particular. (82) Resulta de elevado interés democrático señalar la voluntad participativa que surge del Código de Conducta del organismo. (83)

e) Metodologías e informaciones adicionales:

En Argentina se habrían comenzado a oír voces endilgando carácter no fidedigno a los índices que produce el INDEC, y ya vimos cuán importantes son. Dicho Instituto produce índices, que miden variaciones de precios en un determinado lapso de tiempo, y, por vía de hipótesis, sus índices podrían ser manipulados, por ej., armando sucesivas canastas integradas con productos con precios estables. Más allá de esta hipótesis, si se ha generado un trascendente caso en relación con la disponibilidad de información sobre la metodología empleada para arribar a los índices: la causa "ADC" (84) 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" (85) bajo el anexo VII del Dto. 1172/2003 (Adla, LXIV-A, 174).

¿Se estaba, entonces, ante índices arbitrarios o tramposos? El tribunal resolvió hacer saber, al

a las ponderaciones, si el café aumenta, los usuarios pueden desplazarse masivamente hacia el consumo de té, generando un aumento en el precio de éste, aspecto que debe ser considerado.

(82) Para nuestro país, ver "Moreno, Guillermo y otros s/violación de secreto", Fallos: 332: 2630 (2009).

(83) Code of Practice for Official Statistics. Report on the Consultation and the Principles and Procedures for Assessment, enero 2009; Londres, 2009: "Principio 6: Carga proporcionada: La carga del costo sobre los proveedores de datos no deberá ser excesiva, y debe armonizar con los beneficios que surgen del empleo de las estadísticas. Prácticas: (...) 2. En lo posible, obtener participación en encuestas estadísticas por medio del consentimiento informado y no haciendo uso de competencias legales".

(84) CNACAF, sala V, "ADC c. EN - M° de Economía - INDEC", de 14/10/2008.

(85) Sentencia cit. n. 83.

(86) Por acertadas consideraciones, en lo principal fundadas en la ausencia de discriminación entre regla-

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 sólo 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.

f) ¿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 (86) y, como tal, mediando legitimación, (87) sería impugnabile en sede administrativa mediante el denominado reclamo impropio, tendiente a obtener el dictado de un acto, el cual, a su vez, tiene la virtualidad de generar un "caso", (88) revisable en sede judicial. Empero, un importante déficit podría empecer a esta impugnación: dar carácter secreto a toda la información recabada en las encuestas (89) impediría la confrontación de los elementos de hecho que fundan el acto, con gravamen a la evaluación de los elementos

mentos 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, pp. 911/918, esp. p. 912.

(87) Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, la impugnación de actos administrativos de carácter general bajo el art. 24, inc. a), L. 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).

(88) 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, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 309/348, esp. p. 313.

(89) VER N. 83.

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, (90) 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. (91) Una 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". (92)

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 justificabilidad en punto a atacar el acto de aprobación del índice fijado. Sin embargo, y de cara al texto del art. 75, inc. 19, Const. Nacional, (93) 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 sub-ajustadas

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. (94)

IV. Reflexión final

El Congreso regula la emisión de la moneda, fija su valor, y defiende 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 sus sentencias, sin perjuicio de su fuerza como precedentes— 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.

Mas si los conflictos de derechos no se saldan eliminando uno de ellos o colocándolos bajo el molde único de la razonabilidad sino abandonando el conflictivismo y replanteando los presupuestos teóricos que lo han producido, (95) tal vez sea hora de que las políticas estatales hagan ese replanteo, que, eventualmente —entiendo— posibilite la realización de todos los demás derechos, y no sólo la de los que motivaron estas líneas.

(90) ANDERSON, Margo - SELTZER, William, "Challenges to the Confidentiality of U.S. Federal Statistics, 1910 - 1965", en *Journal of Official Statistics*, vol. 23, N° 1, 2007, pp. 1/34, con referencia a accesos interorgánicos e interpoderes.

(91) ABRAHAM, KATHARINE G. - GREENLEES, John S. - MOULTON, Brent R., "Working to Improve the Consumer Price Index", en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, N° 1, winter 1998, pp. 27/36, esp. p. 30: "Bajo los actuales procedimientos, el CPI índice de precios al consumidor se revisa después de la primera publicación sólo 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). (...) El 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 (...)"

(92) Convocatoria cit. en ABRAHAM - GREENLEES - MOULTON, op. loc. cit., publicada también en el *Federal Register*, 27/9/1996.

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

(94) MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de las políticas públicas", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 320/334, esp. p. 326.

(95) CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2000, p. 355.