

## **Parte especial**

### **VI. PERDIDA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA MONEDA**

#### **INDEXACION Y PRUDENCIA**

1. El fallo anotado .....	11
2. Indices y prudencia judicial .....	15
3. De la discrecionalidad a la arbitrariedad .....	16
4. La posibilidad de índices arbitrarios .....	17
5. Indices y circunstancias de las partes .....	19
6. Los índices ajenos o extraños .....	19

## **PARTE ESPECIAL**

## **VI. Pérdida del poder adquisitivo de la moneda**

## INDEXACION Y PRUDENCIA

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. Indices y prudencia judicial. 3. De la discrecionalidad a la arbitrariedad. 4. La posibilidad de índices arbitrarios. 5. Indices y circunstancias de las partes. 6. Los índices ajenos o extraños.

### 1. EL FALLO ANOTADO

CS, setiembre 7-978. Cerri, Avvenire c. Fernández, Manuel.

#### *Opinión del Procurador General de la Nación.*

Contra la sentencia dictada a fojas 161/163 por la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de General San Martín interpuso la parte actora el recurso extraordinario de fojas 168/172 que fue concedido a fojas 173.

A mi modo de ver, el aspecto central de la impugnación que contra dicho pronunciamiento formula el recurrente es el referido al monto del reajuste fijado en concepto de depreciación monetaria.

Sostiene el apelante que la suma otorgada es entre 28 y 58 veces inferior a la que correspondía según los índices oficiales y que, además, el *a quo* no ha dado ninguna razón de cómo llegó a la cifra que establece.

V.E. ha dicho en reiteradas oportunidades que lo relativo al incremento de la condena en orden a la depreciación monetaria es materia de hecho y de dere-

cho común, no susceptible de recurso, como regla, en la instancia extraordinaria, pero tal principio cede cuando la corrección de los valores que contiene el fallo no consulta los índices oficiales ni se exponen motivos suficientes que justifiquen un apartamiento de la realidad económica que ellos traducen.

También ha dicho V.E. que si bien el juez no está obligado a sujetarse estrictamente a las cifras que surgen de dichas estadísticas y que puede adoptar otros módulos de evaluación, debe procurar fundarse en criterios económicos objetivos y evitar así que la discrecionalidad judicial pueda convertirse en arbitrariedad (conf. causa H. 85-XVII "Humberto Francisco Scordo c. Lago Electric S.A. s/daños y perjuicios" del 8 de noviembre de 1977 —Revista *La Ley*, t. 1978-C, p. 62—, sus citas y otros pronunciamientos).

Pienso que en el caso la suma fijada por el *a quo* aparece como notoriamente insuficiente respecto del período que abarca el reajuste que se trata y, en consecuencia, el fallo recurrido no satisface sino en forma aparente la necesidad, de raíz constitucional, de ser una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (conf. causa L.242-XVII "La Tandilense S.A. Compañía de Seguros c. ELMA Buque Río Cuarto", del 14 de junio de 1977).

En atención a la conclusión a la que se llega como consecuencia del análisis precedente y el carácter accesorio de las demás cuestiones traídas a conocimiento de V.E. estimo resultaría inoficioso dictaminar sobre las mismas. Opino, en consecuencia, que corresponde revocar el pronunciamiento apelado. Junio 1 de 1978. *Elias P. Guastavino.*

Buenos Aires, setiembre 7 de 1978.

*Considerando:*

1º) Que la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Martín, Provincia de Buenos Aires, decidió —en relación con lo que aquí interesa— elevar el monto mandado a pagar en la sentencia de primera instancia, ponderando para ello la desvalorización monetaria acaecida, el tiempo transcurrido, la continuidad del proceso inflacionario y otras circunstancias particulares del caso, en especial la rebeldía del accionado y la depreciación admitida en todos los rubros por el tribunal inferior. Por otra parte, el *a quo* desestimó el pedido del actor de que se continuaran los reajustes por desvalorización con posterioridad a la sentencia y hasta la liquidación definitiva, en razón —dijo— de que tal pretensión no se compadece con la necesidad de respetar el principio de la cosa juzgada y de que los intereses jugarán un papel compensatorio una vez firme la sentencia y adquirida la deuda el carácter de dineraria.

2º) Que contra la sentencia reseñada interpuso el accionante recurso extraordinario, a cuyo efecto señaló que la arbitrariedad del fallo apelado es doble, ya que por una parte limita hasta la fecha de la sentencia el reajuste por desvalorización, y por otra fija una suma insuficiente con base exclusivamente en el parecer del magistrado actuante. Pide por ello el apelante que se revoque el fallo recurrido en la forma indicada y que se apliquen a este fin los índices de precios al consumidor, desestacionalizados, del Instituto Nacional de Estadística y Censos. Por su parte el letrado apoderado de la actora solicita que sus honorarios se regulen sobre la base del monto del juicio, entendiéndose por tal la suma de capital reajustado más los intereses correspon-

dientes a dicho importe, difiriéndose la decisión a este respecto hasta la fecha de la liquidación definitiva que se practique.

3º) Que si bien es cierto que lo atinente al monto en que deben corregirse los valores de la depreciación monetaria constituye una cuestión de hecho y prueba ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48, no es menos cierto que este principio general debe ceder —excepcionalmente— cuando la ponderación de la realidad económica por los jueces cubre sólo en apariencia el principio de la reparación integral y el apartamiento de los índices oficiales a estos efectos se realiza sin adoptar criterios económicos objetivos que impidan que la discrecionalidad judicial pueda convertirse en arbitrariedad (Fallos *in re*: “Scordo, Humberto F. c. Lago Electric S.A.”, del 8 de noviembre de 1977, entre otros). Tal es la situación del *sub lite*, ya que la cantidad fijada por el *a quo* —\$ 60.000— no atiende debidamente ni a los rubros que componen el reclamo que se acoge favorablemente —entre los cuales se destaca el precio de un automóvil—, ni al lapso transcurrido —que se extiende desde noviembre de 1970—, ni al ritmo de inflación operado en dicho período, ignorándose a qué pautas se atuvo el sentenciante para dictar su pronunciamiento en este aspecto.

4º) Que lo referido al momento en que haya de fijarse el monto revalorizado —la fecha de la sentencia u otra— constituye una materia extraña a la reparación federal aquí intentada, por tratarse de una cuestión de derecho común resuelta por el *a quo* sin arbitrariedad. Tampoco procede que por esta vía se constriña al juzgador a adoptar un índice determinado y las demás cuestiones traídas a conocimiento de este Tribunal constituyen problemas accesorios que deben resolverse en el nuevo fallo a dictarse.

Por ello, y conforme a lo dictaminado por el procurador general, se revoca la sentencia recurrida con los alcances que resultan de los considerandos precedentes. *Adolfo R. Gabrielli. Abelardo F. Rossi. Pedro J. Frías. Emilio M. Daireaux.*

## 2. INDICES Y PRUDENCIA JUDICIAL

La sentencia de la Corte Suprema que comentamos, sienta, en el tema del reajuste por depreciación monetaria, un criterio de gran valor, con la sencillez y brevedad de las grandes decisiones.

Si bien es verdad que la aplicación de índices de reajuste responde a una exigencia de la justicia, queda pendiente la cuestión relativa a cuáles índices han de tomarse en cuenta. Si puede su determinación quedar librada a la voluntad del juez o a la voluntad de las partes; si debe ser un índice oficial o puede admitirse uno privado; si puede darse la opción entre diversos índices, etc.

Indexar, sí, pero de cualquier modo no.

El auge del procedimiento, la euforia que parece acompañarle, ha hecho olvidar, a algunos, que no cualquier índice es apto para los fines perseguidos, la justicia del caso, una correcta composición de los intereses en juego.

Para querer efectivamente aquello que la razón presenta como bueno en las relaciones sociales, la voluntad debe hallarse rectificadas por otra disposición, la justicia, que la inclina a dar al otro aquello que le pertenece (1).

(1) MASSINI, Carlos Ignacio, *Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial*, en *Sobre el realismo jurídico*, p. 136. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.



Razón y justicia rechazan en tiempos como los actuales el principio *nominalista* y exhiben las bondades de la indexación.

Empero el juicio de reajuste debe ser pronunciado con prudencia.

La justicia, virtud o hábito de dar a cada uno lo suyo presupone el conocimiento de ese suyo que se debe dar a cada uno. Este conocimiento es objeto de la prudencia. La justicia y la prudencia se enlazan como virtudes capitales de la función juzgadora: por la primera se induce al juez a juzgar bien y por la segunda se averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien (2).

El justo sin prudencia, el que aplica índices pero no sabe cuáles, no acierta sobre el objeto de su recto querer, no sabe ciertamente qué cosa es efectivamente justa.

### 3. DE LA DISCRECIONALIDAD A LA ARBITRARIEDAD

La virtud de la prudencia y su ejercicio por los jueces, no ha sido comprendida rectamente, siempre y en todo lugar.

A veces se ha entendido que la remisión a la prudencia no significaba otra cosa que dejar la decisión librada al arbitrio judicial, sin límites ni cortapisas, sin pautas o standards. Es lo que ocurrió, por largo tiempo, con la norma del artículo 1084 sobre reparación de los daños originados en un homicidio (3).

Las soluciones a las que se arriba por ese camino son siempre sospechadas de arbitrariedad.

(2) D'Ors, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, p. 2. Ed. Rialp, Madrid, 1963.

(3) Remitimos a nuestra obra, *Responsabilidad por daños. Parte Especial*, 2B, p. 175, nota 108. Ed. Ediar, Buenos Aires.

La doctrina de la prudencia apunta a superar las posiciones opuestas del conceptualismo y el voluntarismo.

Entre la posición de los exegetas, para quienes la sentencia es el resultado de una deducción puramente racional y la de Kelsen, quien sostiene que la decisión del juez es un acto de pura voluntad inmotivada, siempre que lo sea dentro del marco de posibilidades establecido por la norma, se encuentra la doctrina de la prudencia.

La prudencia exige al juez circunspección; requiere de él una atenta contemplación de las circunstancias del caso, de las subjetivas y las objetivas (<sup>4</sup>).

Ni voluntarismo ni conceptualismo; una decisión atenta a la realidad y a las peculiaridades del caso sometido a juzgamiento.

El índice de reajuste no puede ser fijado porque sí, poco menos que al azar, porque quiero.

Una conducta semejante convierte la discrecionalidad judicial en arbitrariedad al decir de la Corte.

#### 4. LA POSIBILIDAD DE INDICES ARBITRARIOS

Cuando quien debe pagar la deuda indexada es un asalariado, un trabajador por cuenta ajena, que vive de su sueldo, todo índice que deje de lado esa realidad para contemplar una distinta: incremento del valor del dólar, insumos industriales o agropecuarios, costo de la construcción, por vía de ejemplo, es, para esa parte, arbitrario.

Para calificar de arbitrario un índice es preciso comenzar por distinguir los judiciales de los convencionales. El índice al cual recurre un juez, ante el sí-

(<sup>4</sup>) Remitimos a nuestra obra, *Justicia contractual*, p. 24 y ss. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978.

lencio de las partes, del índice incorporado en una cláusula del contrato.

Cuando es el juez quien debe fijar el índice de reajuste, el problema más grave lo plantea la diferente situación de las partes: un peón industrial que adquiere un departamento a construir; un empleado que compra un automóvil. Nada hay previsto en el contrato. ¿Cuál es el índice a aplicar en el caso de admitirse el reajuste? Si se aplica el que corresponde a la situación del adquirente del inmueble —peón industrial— se desampara al enajenante y si se tiene en cuenta el de la construcción, se olvida que quien debe pagar no ha visto incrementado su salario en la misma medida (5).

Un índice que satisface al acreedor injuria al deudor y viceversa.

Y si bien habrá casos en los cuales la prudencia aconsejará buscar la verdad en el medio, en otros el dilema será de hierro.

En tales situaciones extremas, que se plantean con alguna frecuencia hoy, el juez deberá tener muy en cuenta, en nuestra opinión, la situación de la parte más débil. Si el reajuste va más allá de los incrementos recibidos en el sueldo, porque los insumos industriales tuvieron un aumento mayor, el obrero y su familia no podrán cumplir con la prestación debida. Y el argumento no es sentimental, sino jurídico. Si es menor al de los insumos, la empresa vendedora habrá hecho, en este caso, un mal negocio (6).

(5) La elección tiene que ver, claro está, con la desigualdad del reajuste que resulta de aplicar uno u otro. Y esa desigualdad es, en ocasiones, mayúscula.

(6) Es el nuevo derecho o derecho solidarista, que en la disyuntiva no duda en la protección de los débiles o pequeños.

## 5. INDICES Y CIRCUNSTANCIAS DE LAS PARTES

Cuando son las partes las que han incorporado una cláusula de estabilización, un índice de reajuste, debe estarse, en principio, a lo pactado; el contrato es, como regla, la ley de las partes y quienes lo han celebrado han previsto las consecuencias del reajuste convenido.

Empero en la medida en que se haya llegado al contrato por la adhesión y no por la discusión; en la medida en que las *condiciones generales* hayan sido pre-dispuestas o incorporadas por la voluntad de una sola de las partes, esa *ley de las partes* es revisable por el juez.

El juez ha de examinar si el índice contractual establecido no vuelve injusto ese derecho de origen convencional. Si no es abusivo, contrario a la buena fe o lesivo. El equilibrio del contrato oneroso puede ser roto por un índice que deje de lado las circunstancias de una de las partes para atender exclusivamente a las que interesan a la otra. El índice fijado puede traducir el aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte.

## 6. LOS INDICES AJENOS O EXTRAÑOS

Un índice es extraño o extravagante cuando no atiende para nada a la profesión, actividad o modo de vivir de las partes.

Es buscado, en ocasiones, por su mayor onerosidad, sin reparar en sus efectos, en su capacidad para desquiciar un contrato, para transformar la prestación de una de las partes en excesivamente onerosa.

Por lo demás, las consecuencias de la elección pueden ser previsibles o imprevisibles.

Es lo que ocurre con cierto índices *privados*. Ejemplifiquemos con el de la construcción. En el mes de agosto de 1978, el índice oficial daba un aumento de aproximadamente un 6%. El de la Cámara Argentina de la Construcción hacía elevar ese aumento, como consecuencia de la *flexibilidad* salarial a casi un 20 %. Pensemos ahora en la incidencia de este último en una compraventa de un departamento o en un contrato de locación de inmueble.

Los índices extraños son sospechosos de arbitrariedad o de aprovechamiento.

Fallos como el comentado, sin constreñir al juzgador a adoptar un índice determinado, ponen de resalto que los índices, tanto judiciales como convencionales, no pueden estar reñidos con la razonabilidad, la prudencia y la circunspección.