

SITUACIONES ESPECIALES

1. El decreto 1567/85. La reforma monetaria y las locaciones. El contrato de tracto sucesivo. Los efectos fluyentes y la aplicación inmediata de la ley nueva. Contratos vigentes y contratos no vigentes. El precio reajutable. El precio en moneda extranjera. La cuestión de los índices	191
2. Las variaciones de índices que no utilizan a junio de 1985. ¿El alquiler es deuda de dinero o deuda de valor. ¿El precio locativo incluye o no la previsión de expectativas inflacionarias? ¿Le alcanza la excesiva onerosidad sobreviniente por el hecho extraordinario-deflación?	197
3. El locatario moroso. La mora ya producida a la fecha del decreto. La mora posterior a la vigencia del decreto. Diferencia entre convertir la deuda en mora a la par y convertirla al día del pago o redención de la mora	200
4. El atraso en la conversión. Las razones jurídicas y las económicas. Los fuertes y los débiles en la situación contractual y en la relación obligacional. Los deudores económicamente fuertes y los acreedores económicamente débiles	202
5. La conversión definitiva. El valor base y el período base en las locaciones. Los índices permitidos y los prohibidos. La nulidad absoluta	204
6. Los intereses punitivos en la locación. El decreto ratifica el 1096. Los contratos con ajuste. Intereses puros y escorias. Los intereses en época de moneda sana	205
7. El desagio de los depósitos o fianzas. Típicas deudas dinerarias. La falta de expectativa inflacionaria. El aprovechamiento por el locador y la falta de interés compensatorio	206
8. Las conversiones anteriores al 21 de agosto de 1985 y posteriores al 15 de junio de 1985. La posibilidad de reclamar lo pagado de más o cobrado de menos. El efecto retroactivo y el derecho de propiedad. La solución concertada	208
9. El decreto 1568/85. La reforma monetaria y los contratos del derecho público interno. Los contratos de la administración: compraventa, suministros, servicios. El distingo entre contratos administrativos y contratos civiles. Exorbitancia y justicia distributiva	209
10. Obligaciones sin cláusula de ajuste o indexación. Las razones para convertir al día del efectivo pago	213
11. Obligaciones con ajuste. Los índices anteriores al que comprenda junio de 1985	214
12. Variaciones de índices que incluyan el 15 de junio. La novedad del "atraso". El criterio económico de composición	216
13. Los períodos de actualización. Criterios y supuestos de actualización. La ley 21.391	218
14. El atraso y la resta. Los distintos supuestos. Ejemplos	219
15. El índice provisional. La razón de su validez	220
16. La variación del costo financiero	221
17. Las fórmulas para la aplicación del costo financiero desagregado	222
18. Las variaciones de costo financiero y las variaciones de precios	223
19. El costo financiero y la conversión de la vieja moneda a la nueva moneda	224
20. Las fórmulas polinómicas y la descomposición	225
21. Índice combinado con costo financiero	226
22. La variación de costo por salario	226

23. Las obligaciones posteriores a los reajustes con el índice junio. Solución alternativa	227
24. Las modificaciones al contrato originario. Las especies de modificaciones. El equilibrio financiero	229
25. Las obligaciones en mora. Los distintos criterios. El día del efectivo pago como día del desagio. Los intereses y la tabla de conversión	231
26. El desagio del dinero entregado como garantía. Crítica	234
27. La notificación de la puesta a disposición como fecha de efec- tivo pago. Su razón de ser	235
28. Aplicación del decreto a los actos ya cumplidos. La retroacti- vidad y los derechos adquiridos	236
29. Las contrataciones en trámite. Necesidad de ordenar los con- tratos de la administración ante la reforma monetaria. Distintas situaciones	237

CAPÍTULO QUINTO

SITUACIONES ESPECIALES

SUMARIO: 1. El decreto 1567/85. La reforma monetaria y las locaciones.

El contrato de tracto sucesivo. Los efectos fluyentes y la aplicación inmediata de la ley nueva. Contratos vigentes y contratos no vigentes. El precio reajutable. El precio en moneda extranjera. La cuestión de los índices. 2. Las variaciones de índices que no utilizan a junio de 1985. ¿El alquiler es deuda de dinero o deuda de valor? ¿El precio locativo incluye o no la previsión de expectativas inflacionarias? ¿Le alcanza la excesiva onerosidad sobreviniente por el hecho extraordinario-deflación? 3. El locatario moroso. La mora ya producida a la fecha del decreto. La mora posterior a la vigencia del decreto. Diferencia entre convertir la deuda en mora a la par y convertirla al día de pago o redención de la mora. 4. El atraso en la conversión. Las razones jurídicas y las económicas. Los fuertes y los débiles en la situación contractual y en la relación obligacional. Los deudores económicamente fuertes y los acreedores económicamente débiles. 5. La conversión definitiva. El valor base y el período base en las locaciones. Los índices permitidos y los prohibidos. La nulidad absoluta. 6. Los intereses punitivos en la locación. El decreto ratifica el 1096. Los contratos con ajuste. Intereses puros y escorias. Los intereses en época de moneda sana. 7. El desagio de los depósitos o fianzas. Típicas deudas dinerarias. La falta de expectativa inflacionaria. El aprovechamiento por el locador y la falta de interés compensatorio. 8. Las conversiones anteriores al 21 de agosto de 1985 y posteriores al 15 de junio de 1985. La posibilidad de reclamar lo pagado de más o cobrado de menos. El efecto retroactivo y el derecho de propiedad. La solución concertada. 9. El decreto 1568/85. La reforma monetaria y los contratos del derecho público interno. Los contratos de la administración: compraventa, suministros, servicios. El distinguo entre contratos administrativos y contratos civiles. Exorbitancia y justicia distributiva. 10. Obligaciones sin cláusulas de ajuste o indexación. Las razones para convertir al día del efectivo pago. 11. Obligaciones con ajuste. Los índices anteriores al que comprenda junio de 1985. 12. Variaciones de índices que incluyan el 15 de junio. La novedad del "atraso". El criterio económico de composición. 13. Los períodos de actualizaciones. Criterios y supuestos de actualización. La ley 21.391. 14. El atraso y la resta. Los distintos supuestos. Ejemplos. 15. El índice provisional. La razón de su validez. 16. La variación del costo financiero. 17. Las fórmulas para la aplicación del costo financiero desagregado. 18. Las variaciones de costo financiero y las variaciones de precios. 19. El costo financiero y la conversión de la vieja moneda a la nueva moneda. 20. Las fórmulas polinómicas y la descomposición. 21. Índice combinado con costo financiero. 22. La variación de costo por salario. 23. Las obligaciones posteriores a las reajustadas con el índice junio. Solución al-

ternativa. 24. Las modificaciones al contrato originario. Las especies de modificaciones. El equilibrio financiero. 25. Las obligaciones en mora. Los distintos criterios. El día del efectivo pago como día del desagio. Los intereses y la tabla de conversión. 26. El desagio del dinero entregado como garantía. Crítica. 27. La notificación de la puesta a disposición como fecha de efectivo pago. Su razón de ser. 28. Aplicación del decreto a los actos ya cumplidos. La retroactividad y los derechos adquiridos. 29. Las contrataciones en trámite. Necesidad de ordenar los contratos de la administración ante la reforma monetaria. Distintas situaciones.

1. El decreto 1567/85. La reforma monetaria y las locaciones. El contrato de tracto sucesivo. Los efectos fluyentes y la aplicación inmediata de la ley nueva. Contratos vigentes y contratos no vigentes. El precio reajutable. El precio en moneda extranjera. La cuestión de los índices.

Con posterioridad al dictado del decreto 1096/85, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó los decretos 1567 y 1568 destinados a precisar el procedimiento de aplicación del primero, en dos materias específicas: las locaciones y los contratos del sector público. El 1567 va precedido de los “considerandos” siguientes:

Que se advierte la conveniencia de precisar el procedimiento de aplicación de las normas del citado decreto (1096/85) a los contratos de locación vigentes al 14 de junio de 1985 (¹).

Que por el presente se atiende específicamente a los contratos de locación en los que para el reajuste del alquiler se hubiere pactado la utilización de índices

(¹) Ocurre que a muy poco de haber sido dictado el 1096 aparecieron en el tema del desagio en las locaciones, las opiniones más encontradas. Ellas pueden atribuirse a diversidad de causas: a) la variedad de los períodos establecidos en los contratos para computar las variaciones en los índices: mensuales, bimestrales, trimestrales, etc.; b) las distintas modalidades en cuanto al pago del precio de la locación: por mes adelantado, por mes vencido u otras; c) la propia índole de la locación de cosas, como contrato de tracto sucesivo, en el cual la prestación a cargo del inquilino, el pago del precio, se reitera periódicamente, artículos 1556 y concordantes. De allí que no se interpretara de manera unívoca el decreto madre (1096) y fuera necesario el dictado de uno aclaratorio en este ámbito específico.

elaborados para períodos mensuales, tales como los que publican los Institutos de Estadística y Censos de la Nación y de las Provincias (2).

Que sin perjuicio de lo dicho en el considerando precedente, las normas contenidas en este decreto constituyen el criterio interpretativo a ser utilizado para otras formas de contratación, con la necesaria adaptación a las modalidades propias de cada caso (3).

El decreto consta de cuatro capítulos y un "anexo al artículo 4º" que contiene un cuadro explicativo que establece los criterios para efectuar el desagio, sobre la base de señalar:

- a) el tipo de reajuste, si mensual, bimestral o trimestral;
- b) el mes en el que corresponde ajustar el monto del alquiler;
- c) la variación del índice utilizado para ese ajuste;
- d) la fecha de conversión; y,
- e) la paridad a utilizar para convertir a australes.

(2) Conviene tener en cuenta lo dispuesto por la ley 23.091, en su artículo 3º, sobre "Ajustes: para el ajuste del valor de los alquileres, deberán utilizarse exclusivamente los índices oficiales que publiquen los Institutos de Estadística y Censos de la Nación y de las Provincias. No obstante, serán válidas las cláusulas de ajuste relacionadas al valor mercadería del ramo de explotación desarrollado por el locatario en el inmueble arrendado". Se dejan de lado otros índices.

(3) Mientras se trate de la interpretación de situaciones similares, en orden al desagio o conversión monetaria, no creemos que pueda sostenerse que el decreto "incursiona en la esfera legislativa congresal" o pueda ser, por ese solo hecho, tachado de inconstitucionalidad; en ese sentido la opinión de ABATTI, E. L. y ROCCA (h), I., en *Se ha modificado el "desagio" de los alquileres*, en *La Ley*, diario del 2 de setiembre de 1985, p. 5. Es verdad, por lo demás, que el decreto 1568 sienta sus propias pautas o criterios; si bien la locación de cosas guarda semejanza con la de obra y la de servicios, artículo 1493 del Código Civil, no conviene perder de vista que el decreto 1568 atiende a los contratos del sector público y no a los del sector privado.

Ahora bien, ese cuadro, altamente ilustrativo, tiene una aclaración liminar que cabe tener en cuenta: se aplica, tal como está redactado, a los “contratos cuyo alquiler es pagadero mensualmente por mes adelantado, suponiéndose para los ejemplos que la fecha para el vencimiento del pago del alquiler es el día cinco (5) de cada mes” (4).

El Capítulo I se titula: *Ambito de aplicación* y si bien contiene una triple limitación, puesto que sólo se aplica a las “locaciones vigentes” (5), en las cuales

(4) Se alude al “vencimiento del pago” y no al “devengamiento”, distingo que había suscitado una controversia viva y encendida. Vimos que, en verdad, a mérito de un plazo de gracia —“pagadero del uno al cinco de cada mes”— es corriente prolongar el plazo de cumplimiento hasta el día señalado, aunque el alquiler se haya devengado el día uno.

(5) La expresión “vigentes” debe interpretarse como descartando, en primer lugar, a los contratos aún no celebrados, que están en la etapa de las tratativas, medie o no un precontrato o compromiso previo; e igualmente, a los contratos ya extinguidos o agotados, cuyo plazo de vigencia haya concluido. Empero, cabe tener presente ciertas situaciones conflictivas: a) el contrato es vigente cuando se trata de uno “renovado” o prolongado por acuerdo de partes —aunque el plazo del originario se encuentre vencido; b) es también vigente aunque la locación haya pasado a los subinquilinos o continuadores del locatario primitivo; c) en cambio no puede aludirse a un contrato vigente, aunque se mantenga el que fuera inquilino en el uso y goce, cuando el plazo se haya vencido y la situación se prolonga contra la voluntad del locador —haya o no juicio de desalojo iniciado—; en tal caso se debe una indemnización compensatoria del uso y goce indebido y de los daños que sean consecuencia directa de la privación que sufre el dueño del inmueble; estamos fuera del tema del decreto; d) una situación muy interesante plantean las locaciones celebradas bajo la vigencia de la ley 21.342, del año 1981, por la cual se declaró, en el artículo 6º, que “las condiciones pactadas entre locadores y locatarios no serán alteradas por el Poder Público”. Semejante promesa o garantía del Estado no ha sido suficientemente analizada entre nosotros —sí en otras legislaciones, como la uruguaya, donde el Estado asumió un compromiso similar—. Cabría observar, en primer término, si este precepto se limita a repetir el texto del artículo 3º del Código Civil, ahora con un alcance más restringido, sólo para las locaciones, o avanza más allá en orden a los supuestos “derechos adquiridos”; cabría examinar, igualmente, la constitucionalidad de una norma semejante, por la cual un Gobierno de facto pretende limitar las atribuciones legítimas

se hubiere previsto “el ajuste del monto de los alquileres” ⁽⁶⁾, y ello mediante “la aplicación de índices

de los Gobiernos de Derecho, en especial del Poder Legislativo, sin considerar las circunstancias sobrevinientes, las necesidades de los tiempos nuevos. No puede el legislador histórico comprometer el actuar del legislador del mañana; equivale a atar a las generaciones futuras a las circunstancias y pautas de las pasadas. Finalmente, entrando a lo particularizado, corresponde observar si la reforma monetaria y su aplicación importan una “alteración” perjudicial para los locadores. Si no hubiera perjuicio en la alteración no habría acción o sea motivo suficiente para la queja. Para ALTERINI “esa garantía del Estado puede verse comprometida en la medida en que, conforme a lo expresado, la ecuación del precio resulte afectada en perjuicio del locador por el desagio previsto en el decreto 1096/85”, ob. cit., p. 4, parágrafo 26. Para ABATTI-ROCA (h.), la “locación urbana resulta, como instituto, uno de los más dañados por esta concepción supuestamente antiinflacionaria”, *Las cláusulas penales y la reforma monetaria*, en *La Ley*, diario del 1º de agosto de 1985. Cerramos esta nota recordando dos ideas ya expuestas: en los decretos comentados (en los tres) campea el orden público económico de dirección y también el de protección, lo cual hace imperativa su normativa; la cuestión radica para el locador en la disminución de su poder adquisitivo, de bienes y servicios, cuyos precios se mantienen sin desagio, cuando sus rentas o ingresos se han visto desafiadas.

(6) La no previsión de ajustes, cualquiera sea el índice, es un supuesto descartable por su rareza o marginalidad. Empero puede ocurrir que el precio se haya pagado por adelantado, de una vez y por todo el tiempo de la locación. Esta hipótesis descarta la posibilidad del desagio: escapa a la previsión legislativa y, además, el precio ha ingresado ya al patrimonio del locador; está en su patrimonio, integra su derecho de propiedad, amparado por la Constitución. Sobre los índices admisibles para convenir el reajuste, en la ley 23.091, remitimos a su texto. La vigencia de un precio en moneda extranjera o reajutable de acuerdo a índice moneda extranjera, plantea las cuestiones ya conocidas sobre tan ríspidos temas. Vimos que la moneda extranjera es cosa y no moneda, según el artículo 617 del Código Civil; pero la doctrina, tanto autoral como judicial, han aceptado, al menos como regla, el pago en moneda del país, en la actualidad en Australes, a la conversión prevista para el día del pago. En las locaciones ha sido de uso, hasta la ley 23.091 que las prohíbe, tanto una cláusula —el precio locativo en moneda extranjera— como la otra, cláusula “valor moneda extranjera”. Ello plantea el problema de la real intención de las partes y, a la vez, de compatibilizar esa intención con la legislación monetaria argentina. ¿La moneda extranjera se quiere como pauta estabilizadora o se quiere por ella misma? Y si se la quiere por ella, ¿es así por un “desprecio” a la moneda nacional, como sustitución de su curso forzoso, o por al-

elaborados para períodos mensuales" (7), cabe recordar que las normas del decreto, tal como se lee en los

guna necesidad de invertir en esa moneda? E incluso, en esta particular hipótesis de la "necesidad" de la moneda extranjera, puede contestarse con la posibilidad de inclinarnos a pensar que en las locaciones la moneda extranjera se usaba exclusivamente, al menos como regla, como índice estabilizador y de allí que corresponda la conversión al día del pago, a la moneda nacional, y luego el desagio. La opinión contraria es emitida por ALTERINI, ob. cit., p. 3, parágrafo 22: "Cuando se trata de la cláusula moneda extranjera, el objeto obligacional consiste en esa especie de moneda. El deudor sólo se libera entregándola en especie, o dando su valor en australes (arts. 617 y 619 del Cód. Civil), que en tal caso —como moneda de pago— deberán ser abonadas sin desagio alguno". Y más adelante agrega: "La cláusula valor moneda extranjera es un mecanismo de ajuste: se debe moneda nacional, actualizada según las oscilaciones de la cotización de la moneda extranjera tomada como base. En este caso corresponde prescindir de la aplicación del artículo 6º del decreto —no obstante tratarse de una cláusula de ajuste—, por varias razones" y cita, a continuación, tres que considera importantes: "a) porque el insoslayable parámetro de la voluntad de las partes (art. 1198 del Cód. Civil) ha sido que el acreedor esté en condiciones de adquirir, al tiempo del pago, la misma cantidad de moneda extranjera prevista al contratar; b) porque el monto nominal histórico del contrato, en este caso, no contiene expectativas inflacionarias, de ninguna especie (ver consid. 7º del decreto), pues precisamente se previó la cláusula valor moneda extranjera para adecuar, a compás de la desvalorización real de la moneda argentina, ese monto nominal al tiempo del pago; y, c) en fin, porque cualquier moneda extranjera que sea tomada como referencia sufre su propio proceso de depreciación interna, que incide naturalmente en su cotización al tiempo de ser comparada con otras monedas. Lo cual significa que, en los hechos, el solo otorgamiento de un plazo para el pago determinará por sí la disminución paulatina del valor original de la prestación". Pese a la indudable fuerza de estos argumentos, no los compartimos. No vemos por qué el índice monetarista, valor moneda extranjera, va a ser "privilegiado" —al no sufrir el resultado desagio— respecto de los otros índices económicos admitidos por la legislación vigente. Por las razones que daremos en el texto, la deuda dineraria del locatario aparece, al menos tradicionalmente, como típica "deuda genérica de dinero" y no "deuda de valor". Sin perjuicio de las reservas que formularemos. Y, por último, no nos parece verdad que el locador quiera adquirir moneda extranjera —como en el caso del importador-exportador, del coleccionista, del que debe hacerse atender en un país extranjero, etc.—, quiere, a nuestro parecer, la moneda del país, en una cantidad medida con la moneda extranjera.

(7) El decreto deja de lado los ajustes diarios, semanales o quincenales, frecuentes en las locaciones amobladas.

considerandos, sientan criterios de interpretación válidos para otras formas de contratación ⁽⁸⁾.

El artículo 1º expresa:

La aplicación del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 a los contratos de locación vigentes a dicha fecha en los que se hubiere previsto el ajuste del monto de los alquileres mediante la aplicación de índices elaborados para períodos mensuales, se regirá por las disposiciones del presente.

En la locación de cosas, por su carácter de contrato que se prolonga en el tiempo —desde los plazos mínimos que señala la ley 23.091 a los máximos del artículo

(8) No vamos a analizar aquí si el decreto 1567 es “aclaratorio” del 1096, destinado a “precisar” sus términos, tal como explicita en el primero de los “considerandos” o, por el contrario, si apunta a reformar aquel cuerpo. Por su origen, habiendo emanado ambos del Poder Ejecutivo, tanto puede el segundo aclarar al primero como modificarlo. La cuestión no nos parece trascendente. La fórmula “otras formas de contratación” no es técnicamente aceptable, pues parece aludir a la solemnidad (o forma) y no a otros tipos contractuales, a los que en rigor se refiere. Cabe tener en cuenta el artículo 1º de la ley 23.091 en cuanto dispone la forma por escrito para todos los contratos de locación de inmueble urbano, celebración, modificación y prórroga. Para los no escritos, en consecuencia, se dispone tácitamente la nulidad; para los no escritos con “principio de ejecución”, se dispone “como plazo el mínimo fijado en esta ley y el precio y su actualización los determinará el juez de acuerdo al valor y práctica de plaza”. Cabe acotar que si esto hubiera ocurrido —la ley fue publicada en octubre de 1984— ese precio deberá también ser desagiado en las condiciones dispuestas en el decreto. El juez, que debe atender a las condiciones de plaza, habrá, seguramente, establecido un precio locativo con una cierta previsión inflacionaria y reajutable con índices mensuales. Finalmente, el artículo 1º de la ley de locaciones dispone que: “En todos los supuestos, los alquileres se establecerán en moneda de curso legal al momento de concertarse. Será nula, sin perjuicio de la validez del contrato, la cláusula por la cual se convenga el pago en moneda que no tenga curso legal. En este caso, el precio quedará sujeto a la determinación judicial”. El juez fijará, claro está, un precio mensual para cada mes hasta la finalización del contrato, para todo el lapso contractual y reajutable; pues bien, este precio también deberá, en su caso, ser desagiado.

1505— y en el cual las prestaciones se reiteran una y otra vez, durante los períodos señalados —artículos 1515, 1556 y concordantes—, particularidad denominada “tracto sucesivo”, no puede sostenerse que los efectos se desencadenan y se adquieren por las partes desde el mismo momento de la celebración y, por tanto, que ellos se encuentran “adquiridos”, incorporados al patrimonio del acreedor respectivo —del uso y goce, por un lado, y del precio, por el otro— y, en consecuencia, “amparados por garantías constitucionales”, artículo 3º del Código Civil.

El tiempo opera como elemento fecundante y los efectos van apareciendo o son fluyentes durante todo el lapso negocial.

De ahí que el decreto pueda aplicarse a las locaciones de cosas sin retroactividad, sin afectar situaciones ya establecidas antes de su vigencia. El decreto alcanza, como reza expresamente, a los efectos nuevos, que se van desencadenando, a partir de los contratos de locación vigentes. Y ello puede ser así por la sola virtualidad de la aplicación inmediata tal como vimos en el capítulo precedente (°).

2. Las variaciones de índices que no utilizan a junio de 1985 ¿El alquiler es deuda de dinero o deuda de valor? ¿El precio locativo incluye o no la previsión de expectativas inflacionarias? ¿Le alcanza la excesiva onerosidad sobreviniente por el hecho extraordinario-deflación?

Capítulo II. Alquileres para la determinación de cuyo monto no corresponda utilizar variaciones de índices correspondientes al mes de junio de 1985.

(°) No creemos posible alegar, desde ese ángulo, la inconstitucionalidad. Otra es la cuestión de la ruptura de la ecuación: uso y goce-precio locativo; el tema del perjuicio al locador al disminuir su poder

Artículo 2º. El o los alquileres para la determinación de cuyo monto en pesos argentinos no corresponda la utilización de variaciones de índices que incluyan el mes de junio de 1985, serán cancelados en australes aplicando la paridad de la Escala de Conversión prevista en el artículo 4º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 para el día del efectivo pago del o de los respectivos alquileres.

El artículo 2º del decreto 1567 reitera, con algunas variaciones en los términos, lo dispuesto por el artículo 6º primera parte del decreto 1096: si no se utilizan las variaciones de índices correspondientes al mes de junio de 1985 —sino variaciones anteriores— la conversión se hace al día del efectivo pago.

Esto importa sostener que la deuda por alquileres, cualquiera sea el período a abonarse y el tenido en cuenta para el reajuste, se desagia. El cuestionamiento a la conversión viene por distintos caminos:

- a) En cuanto a la naturaleza de la obligación dineraria, si deuda de dinero simple o generalizada —a veces deuda de dinero concreta o especificada— o deuda de valor. Es innegable, por una parte, que el dinero es, en estas deudas por alquileres, el objeto inmediato de la prestación; que entra tanto *in prestatione* como *in solutione*, sin perjuicio de las cláusulas de estabilización. No obstante ello, también es innegable que ese dinero que el locador espera recibir mes a mes es la traducción de una determinada cantidad de bienes y servicios; en tal sentido, realista, ese dinero es también un valor. Y el desagio

adquisitivo. Como también la situación de desigualdad en que se lo coloca respecto de los asalariados, que no sufren desagio.

del precio locativo, no acompañado del desagio de esos bienes y/o servicios, importa un perjuicio, una disminución del poder adquisitivo. Es la cuestión que denominamos de los valores relativos (¹⁰);

- b) En cuanto se postula que en las locaciones, en el precio establecido por las partes, por lo común en el contrato originario y para todo el plazo pactado, no se prevén expectativas inflacionarias, sino meros reajustes sobre la base de índices. Creemos que median las dos situaciones: la previsión de la expectativa, que hace que se parta de un precio locativo ya acrecentado; y, además, la aplicación de índices de estabilización destinados a mantener el poder adquisitivo o valor de mercado. Y ello es así por dos órdenes de razones: 1º) porque de no comenzar anticipando la inflación —hablamos de los tiempos en que era significativa— habría un perjuicio inevitable para el primer período, o sea hasta el primer reajuste que puede estar distante dos o tres meses; y, 2º) habría también otro perjuicio originado en la formación de los índices, en su composición, en la medida en que es un valor sobreentendido que ellos no representan exactamente las variaciones que dicen significar, al incluir ciertos componentes de menor trascendencia; y,
- c) En cuanto se afirma que es irrelevante en ellas —las

(¹⁰) Algunas interpretaciones han querido ver en este decreto un medio para producir una “rebaja” en los precios locativos, no congelados ni regulados por la ley 23.091 —dejados al acuerdo de las partes que, en buena medida, es la voluntad del locador y el valor de plaza—. Otras interpretaciones, aun más sutiles, considerando que los inquilinos tienen a su cargo en la mayoría de los contratos el pago de los impuestos y tasas, deducen que lo buscado es disminuir el ingreso del locador para, de este modo, facilitar el aumento en el ingreso del Estado.

locaciones— la excesiva onerosidad sobreviniente, por el hecho extraordinario e imprevisible de la deflación, del paso abrupto de la moneda envilecida a la moneda sana. Recordemos, lo vimos en el Capítulo tercero, que las razones para desagiar eran dos: la previsión de la expectativa inflacionaria, que ahora ya no se da; y la recepción de una moneda fuerte, de mayor poder adquisitivo, que a los fines de no operar un traspaso de riqueza, en beneficio del acreedor —que vendría a recibir “más dinero”— debe desagiarse, convertirse en menor cantidad de esa misma moneda. Esta última razón, que podría dar pie a una acción de revisión del contrato, promovida por el locatario, con la invocación del artículo 1198, última parte del Código Civil, sería enteramente valedera, no merecería objeción alguna, si el contexto económico dentro del cual se mueve —o está inmerso— el locador permaneciera congelado; los aumentos que se han producido y se siguen produciendo en determinadas áreas —tal entre otros, el caso de impuestos, tasas y contribuciones ⁽¹¹⁾— desubican al locador, al disminuir el poder adquisitivo o de mercado, de su precio locativo.

3. El locatario moroso. La mora ya producida a la fecha del decreto. La mora posterior a la vigencia del decreto. Diferencia entre convertir la deuda en mora a la par y convertirla al día del pago.

Artículo 3º. Cuando el locatario no cumpliera en término con su obligación, el monto en pesos argentinos a convertir en australes será incrementado según lo

(11) Nos parece que esta falla en el congelamiento es doblemente perjudicial: a) lo es al Plan económico, en la medida en que el Estado, que debe dar el ejemplo a los ciudadanos, produce aumentos en plena etapa de moneda sana, sin atender a los índices corrientes; y, b) lo es

previsto contractualmente para resarcir dicho incumplimiento.

Este artículo replantea la cuestión de los alquileres en mora antes de la entrada en vigencia del decreto. Podemos admitir dos variantes:

- a) Que se refiera al locatario incumplidor en el tiempo que va desde el 15 de junio de 1985 hasta la aplicación de las variaciones de índices correspondientes a junio o que lo incluyan; y,
- b) Que aluda, igualmente, al incumplimiento en el pago del precio por períodos anteriores a junio. El primer alcance, que es el único que admitimos se produzca sin retroactividad de la norma, tiene una aplicación mínima o muy escasa y, además, nada agrega a lo dispuesto por el artículo 509, siguientes y concordantes del Código Civil, que regulan los efectos de la situación de mora, cuya consecuencia primera es cargar el incumplidor con los daños que su actitud acarrea. El segundo alcance, que viene a modificar una situación ya producida, apunta a no convertir el capital adeudado a la par, para luego adicionarle los daños —por lo normal intereses— de la mora, sino a mantener esa deuda en pesos argentinos, sumarle a esos pesos los intereses moratorios, y luego, en el día del pago, convertir. El resultado del desagio es, como resulta fácil de establecer, muy diferente ⁽¹²⁾.

para el deudor de esas “gabelas”, que ha visto, como en el caso de los locadores, disminuidos sus ingresos.

⁽¹²⁾ Y se fomenta la prolongación en el retardo, el mantenimiento en el estado de mora. Ello es así cuando el deudor, con un ligero cálculo sobre los intereses moratorios pactados o, en su caso, los punitivos

4. El atraso en la conversión. Las razones jurídicas y las económicas. Los fuertes y los débiles en la situación contractual y en la relación obligacional.

Capítulo III. Alquileres para la determinación de cuyo monto deban utilizarse variaciones de índices correspondientes al mes de junio de 1985.

Artículo 4º. Cuando para determinar el monto del alquiler deban utilizarse variaciones de índices que incluyan el mes de junio de 1985, el alquiler en australes resultará de:

- 1) Ajustar el monto del alquiler en pesos argentinos aplicando las variaciones del índice que contractualmente se hubieran previsto.*
- 2) Determinar la fecha de vencimiento para el pago del primer alquiler cuyo monto deba ajustarse según lo previsto en el inciso 1 precedente.*
- 3) El monto del alquiler en pesos argentinos establecido según lo previsto en el inciso 1 de este artículo deberá convertirse a australes aplicando la paridad de la Escala de Conversión contemplada en el artículo 4º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1096 del 14 de junio de 1985, para el día que resulte de atrasar la fecha indicada en el inciso 2 en tantos meses como los que haya entre el último mes del índice usado para ajustar el alquiler —el mes utilizado en el numerador— y el mes de junio de 1985.*

En anexo al presente artículo se incorpora una tabla ejemplificando las situaciones más usuales.

o la cuantía de la pena establecida —cláusula penal—, llega a la conclusión que se beneficia con el desagio en la medida en que éste disminuye la deuda más de lo que aquellas sanciones la incrementan.

ANEXO

Contratos de locación cuyo alquiler es pagadero mensualmente por mes adelantado suponiéndose para los ejemplos que la fecha para el vencimiento del pago del alquiler es el día cinco (5) de cada mes.

<i>Mes en el que corresponde ajustar el monto del alquiler</i>	<i>Variación del índice utilizada para ajustar el monto del alquiler</i>	<i>Fecha de conversión</i>	<i>Paridad a utilizar para convertir a australes el monto en pesos</i>
--	--	------------------------------------	--

CONTRATOS CON AJUSTE MENSUAL DEL ALQUILER

Julio de 1985	Junio de 1985	5 - 7 - 85	5 - 7 - 85
Agosto de 1985	Junio de 1985	5 - 8 - 85	5 - 8 - 85

CONTRATOS CON AJUSTE BIMESTRAL DEL ALQUILER

Julio de 1985	Mayo y junio de 1985	5 - 7 - 85	5 - 7 - 85
Agosto de 1985	Mayo y junio de 1985	5 - 8 - 85	5 - 8 - 85
Agosto de 1985	Junio y julio de 1985	5 - 8 - 85	5 - 7 - 85
Setiembre de 1985	Junio y julio de 1985	5 - 9 - 85	5 - 8 - 85

CONTRATOS CON AJUSTE TRIMESTRAL DEL ALQUILER

Julio de 1985	Abril, mayo y junio de 1985	5 - 7 - 85	5 - 7 - 85
Agosto de 1985	Abril, mayo y junio de 1985	5 - 8 - 85	5 - 8 - 85
Agosto de 1985	Mayo, junio y julio de 1985	5 - 8 - 85	5 - 7 - 85
Setiembre de 1985	Mayo, junio y julio de 1985	5 - 9 - 85	5 - 8 - 85
Setiembre de 1985	Junio, julio y agosto de 1985	5 - 9 - 85	5 - 7 - 85
Octubre de 1985	Junio, julio y agosto de 1985	5 - 10 - 85	5 - 8 - 85

Los criterios que el texto explicita y el cuadro grafica o reproduce no tienen mayor fundamento jurídico; puede decirse, con verdad, que responden a razones de política legislativa, basada en pautas o criterios económicos. Con el "atrasar", en uno o dos meses, la fecha de la conversión, que es la novedad que el decreto incorpora, con relación al decreto madre, 1096, se persigue no agravar la situación del acreedor y, por ende, no beneficiar en exceso la del deudor.

Los términos aquí empleados "agravar en exceso" y "beneficiar en exceso", pueden parecer impropios para quienes entiendan que el decreto 1096 y éste que es su aplicación a las locaciones, no perjudican ni benefician a las partes en la relación obligacional, sino que buscan una solución justa y equitativa, frente al cambio en la moneda. Nosotros los usamos en consideración a los "valores relativos", a los que hemos aludido con alguna reiteración (¹³).

5. La conversión definitiva. El valor base y el periodo base en las locaciones. Los índices permitidos y los prohibidos. La nulidad absoluta.

Artículo 5º. Una vez ajustado el monto del alquiler y convertido a australes de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del presente decreto, el nuevo

(¹³) Los deudores no son siempre y en todos los casos los "débiles" de la relación obligación o contractual. Si lo fueran, como en los tiempos romanos, estaríamos de acuerdo en que se desagiara en su beneficio; empero, hoy en día hay deudores fuertes y acreedores económicamente débiles, en pluralidad de hipótesis. De donde puede muy bien ocurrir que se desagia en provecho del económicamente fuerte en una relación jurídica y en perjuicio del débil. He allí lo verdaderamente grave, a nuestro juicio. La idea del "atraso" es típicamente compenadora de los intereses en pugna. Cabe acotar que si se paga por mes vencido y no adelantado, como es el caso del cuadro, el atraso es en un mes menos.

alquiler así determinado servirá de base para los futuros ajustes cuando los mismos contractualmente correspondieran.

Estos ajustes deberán practicarse aplicando exclusivamente variaciones de índices posteriores al último período del índice comprendido en el ajuste anterior.

La idea encerrada en la norma es la misma que expresa el artículo 6º último párrafo del decreto 1096: producida la conversión definitiva —la que incluya junio— la deuda se expresa en australes y es el valor base de futuros precios locativos, de los meses venideros.

No se producen nuevas conversiones, mes a mes, teniendo en cuenta el día del pago —aun cuando la “tablita” perdurara, lo cual no parece razonable—. Expresada la deuda por alquileres en la nueva moneda, no se desagia más; sin perjuicio de los reajustes, en los períodos y con los índices pactados.

La pretensión de ajustar con índices de inflación, que incluyan junio o meses anteriores, es sin valor alguno, nula por afectar al orden público económico que la ley (el decreto) quiere preservar. Y su nulidad es absoluta e invocable de oficio por los jueces.

6. Los intereses punitivos en la locación. El decreto ratifica el 1096. Los contratos con ajuste. Intereses puros y escorias. Los intereses en época de moneda sana.

Artículo 6º. A partir de la conversión a australes del precio de la locación conforme al artículo 4º del presente decreto, los intereses punitivos aplicables por incumplimiento originados a partir de dicha fecha de conversión no podrán superar el límite establecido por

el artículo 9º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985.

Creemos que esta solución para las locaciones coincide con la general dispuesta en el artículo 9º del decreto 1096. A su turno señalamos que la denominada conversión “de pleno derecho” por aquel texto, el artículo 9º, es la conversión definitiva aprehendida ahora en el artículo 6º (¹⁴).

La razón es simple y la dimos oportunamente: los intereses cualesquiera fueran, contenían entre sus ingredientes las denominadas escorias o impurezas propias de la época de inflación aguda que el país vivía; superada esa época las tasas deben ser puras o contener porcentajes insignificantes de ajuste monetario; de allí que una vez y media la tasa del Banco Nación, para descuento de documentos a treinta días de plazo, parezca bien razonable. Lamentamos eso sí, que nada se haya dicho sobre los intereses moratorios, librados, como los compensatorios, a la autonomía de la voluntad.

7. El desagio de los depósitos o fianzas. Típicas deudas dinerarias. La falta de expectativa inflacionaria. El aprovechamiento por el locador y la falta de interés compensatorio.

Capítulo IV. Disposiciones generales.

Artículo 7º. Para la devolución de los depósitos o fianzas dados en garantía cuyos montos deben ser reajustados conforme lo dispone el artículo 4º de la ley

(¹⁴) En contra, sosteniendo que se modifica lo dispuesto en el artículo 9º del decreto 1096/85, se expresan ABATTI y ROCCA (h.), a juicio de quienes “según el decreto (1096) solamente la prohibición comprendía a los contratos «con ajuste» y ahora se elimina esa limitación”, ob. cit. “Se ha modificado...”, p. 5, parágrafo 8. Pensamos que no es así, puesto que el artículo 6º integra el Capítulo III dedicado a los contratos con ajuste, que incluyan junio de 1985.

23.091, se procederá con igual criterio al establecido en los artículos 2º o 4º de este decreto, según corresponda.

Recordemos que el artículo 4º citado, de la ley 23.091 —que modifica de manera permanente el título de las locaciones del Código Civil, sin asumir el carácter de una ley de emergencia, al estilo de las tradicionales leyes de alquileres —1923 a 1925 y 1943 a 1979—, sin prorrogar el plazo ni regular el precio locativo, dispone que: “Las cantidades entregadas en concepto de fianza o depósito en garantías deberán serlo en moneda de curso legal. Dichas cantidades serán devueltas reajustadas por los mismos índices utilizados durante el transcurso del contrato al finalizar la locación”.

Son típicas deudas dinerarias. Como la cosa entregada es fungible y consumible, el locador recibe la propiedad de ese dinero —tradición dominial— y se obliga a restituir una cantidad igual. Como el dinero es fructífero —su uso brinda frutos civiles— es razonable que la restitución se haga indexada o reajustada, con la finalidad de mantener su poder adquisitivo.

Empero, otra es la cuestión del desagio; aquí sí que no hay previsión de expectativa inflacionaria, puesto que no es un precio que se paga sino una dación como garantía o seguridad. Es verdad que hay un deudor y un acreedor y una prestación dineraria, pero no media especulación por el tradente, en el caso el locatario. La situación es similar a los depósitos en cuenta corriente o a los préstamos que no devengan intereses y de allí que la solución de desagiar nos parezca injusta.

8. Las conversiones anteriores al 21 de agosto de 1985 y posteriores al 15 de junio de 1985. La posibilidad de reclamar lo pagado de más o cobrado de menos. El efecto retroactivo y el derecho de propiedad. La solución concertada.

Artículo 8º. Los pagos realizados a partir del 15 de junio de 1985 en cumplimiento de los contratos mencionados en el artículo 1º que no se hubieran ajustado a las normas del presente decreto, deberán adecuarse a las mismas debiendo las partes atender a las diferencias en australes a que pudieran haber dado lugar.

Artículo 9º. De forma.

El texto consagra, con una terminología algo indirecta, el derecho a la repetición por parte del locatario que ha pagado de más, antes de la vigencia del decreto 1567 y luego del 15 de junio, y el derecho a percibir la diferencia por el locador que ha cobrado de menos.

En otras palabras, el pago y el recibo dado para demostrarlo, no quedan firmes, no importan derechos adquiridos, y dejan abierta la puerta para reclamar por el exceso en menos o en más. Y ello para el período anterior a la vigencia de este decreto, que viene a consagrar el criterio de conversión, con base en el "atraso", antes ignorado.

Y esa retroactividad, aplicación de las normas para un tiempo anterior al de su entrada en vigencia, es la que dará pie a la tacha de inconstitucionalidad ⁽¹⁵⁾. Es verdad que parece injusto no remediar una omisión o una ligereza deslizada en el decreto madre o posibili-

(15) En este sentido se expiden ABATTI y ROCCA (h.), en el trabajo últimamente citado, p. 5, párrafo 9. Creemos que en materia de locaciones, en la relación locador-locatario, con motivo de la conversión, tanto de la garantía como del precio, tendrá gran papel o rol la concertación o regulación por el acuerdo de partes. A ella nos hemos referido ya y por tanto nos remitimos a lo expuesto.

tada por el mismo, perjudicando a determinados sectores de la comunidad; pero también es verdad que el legislador no debe mirar para atrás, sino para el futuro. La pretensión de corregir errores del pasado es contraria al derecho de propiedad que la propia Constitución consagra.

9. El decreto 1568/85. La reforma monetaria y los contratos del derecho público interno. Los contratos de la administración. El distingo entre contratos administrativos y contratos civiles.

También en 21 de agosto de 1985, el Poder Ejecutivo Nacional, por decreto 1568/85, dictó las "disposiciones aplicables a los contratos de compraventa, servicios y suministros del sector público, vigentes al 14 de junio de 1985, de conformidad al decreto 1096/85":

VISTO: el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985, y

CONSIDERANDO:

Que resulta conveniente impartir normas a los efectos de que el sector público adecue su conducta uniformemente a las disposiciones del decreto mencionado.

Que por el presente se regulan los procedimientos referentes a los contratos de compraventa, suministros y servicios, sin perjuicio de que las normas que se dictan sean también de aplicación a otras contrataciones, adecuadas a sus propias modalidades (¹⁶).

(¹⁶) Del mismo modo que el decreto 1567 es norma interpretativa para el sector privado, las contrataciones entre particulares, el presente lo es para el sector público, las contrataciones administrativas. En rigor las variaciones entre uno y otro, como veremos, no pueden considerarse sustanciales, viniendo ambos del decreto madre 1096. El distingo

Por ello, el Presidente de la Nación Argentina decreta:

I. Ambito de aplicación.

Artículo 1º. La aplicación del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 a

entre contratos privados y públicos no es aún tema pacífico en la doctrina. Para distinguir a los contratos administrativos —públicos internos— de los civiles, se han sostenido distintos criterios: que expondremos siguiendo las enseñanzas de Manuel María Díez:

a) El contrato administrativo está determinado por ley, la que dice que en ciertos supuestos esos contratos son administrativos. Así la ley 13.064 de contratos de obra pública, dice que este contrato es administrativo; la ley 17.520 de concesión de obra pública; la 12.140 de concesión de servicio público de transporte o la 5315, de ferrocarriles; la ley 4167 de concesión de tierras y bosques fiscales; el Código de Minería, en orden a la concesión de minas; la ley 20.005 de transporte de correspondencia, etc., etc.;

b) También se señala como criterio diferencial el hecho de que uno de los contratantes fuera la administración pública. Este criterio es rechazado por quienes pensamos que en los contratos civiles de la administración, también una parte es la administración pública;

c) Un tercer criterio considera contratos administrativos aquellos cuya finalidad fuera la utilidad pública; este criterio es controvertido por entenderse, mayoritariamente, que la administración puede celebrar contratos civiles cuyo fin sea también la utilidad pública;

d) No faltan quienes consideran contrato administrativo a aquel que se realiza para la prestación de un servicio público. Empero la noción es equívoca, puesto que puede hablarse, al lado de los servicios públicos administrativos, de los civiles y comerciales. Díez sostiene que la administración puede realizar contratos administrativos cuyo objeto no sea un servicio público, como es el caso del contrato de obra pública;

e) El distingo por la jurisdicción, si contenciosoadministrativa u ordinaria, civil o comercial, es improcedente, en la medida en que la jurisdicción es una mera consecuencia de la naturaleza del contrato y no un criterio distintivo;

f) Tampoco es válido el criterio que finca la distinción en el voluntario sometimiento, por las partes, a un régimen especial de derecho público; no es admisible en la medida en que la calificación de las partes no puede determinar la verdadera naturaleza del contrato, que es "lo que es" y no lo que las partes dicen que es;

g) Se ha sostenido, por otros sectores, que el contrato administrativo se caracteriza por una modulación con respecto al contrato civil, modulación que es el resultado de una doble exigencia: 1) las peculiaridades funcionales de la administración como organización colectiva característica; y, 2) su actividad peculiar y propia. Esta idea, defendida

los contratos de compraventa, suministros y servicios vigentes a dicha fecha, en los cuales sea parte la Administración Central, Cuentas Especiales, Organismos Descentralizados, Entidades Financieras Oficiales, Empresas del Estado y Sociedades cuyo capital fuera total o mayoritariamente del Estado Nacional, Obras

por García Enterría, sólo sirve para reflejar una de las notas peculiares o propias del contrato administrativo, cuyo régimen jurídico es, por otra parte, consecuencia de su naturaleza pública;

h) La doctrina francesa insiste en buscar la diferenciación en la existencia, en los administrativos, de cláusulas exorbitantes del derecho privado. Cláusulas de ese tipo pueden existir —con base en los privados en la contratación sobre las “c.g.c.” o condiciones generales de contratación— en todo tipo de contrato. Y si bien la incorporación “en forma expresa le daría al mismo el carácter de administrativo”, ello no quita que son ellos también, en muchos casos, contratos de colaboración y el particular actúa colaborando con la administración;

i) Se ha recurrido, así mismo, al denominado criterio formal o de procedimiento, para afirmar que el administrativo surge de una licitación pública, mientras que el privado deriva de una contratación directa. La regla puede dejarse de lado, cuando la administración recurre a la licitación para la locación de un inmueble a efecto de instalar un juzgado o una escuela;

j) También se ha recurrido a la idea o teoría de la doble personalidad del Estado, sosteniendo que los que éste realiza como persona jurídica de derecho privado son los civiles de la administración. Desechada la teoría de la doble personalidad, este distinguo no puede sostenerse;

k) Para Díez el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular, que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa. Y si bien es verdad que la Administración tiene respecto de esos contratos prerrogativas especiales que se ejercerán en cuanto a la interpretación, modificación y resolución del contrato, también es verdad que “esas prerrogativas, que son propias de la administración y que ha de ejercerlas para la mejor satisfacción del interés público, no implican necesariamente un perjuicio para el particular contratante”. Enfatiza Díez que “el ejercicio de las prerrogativas no puede alterar la ecuación financiera del contrato y, por consiguiente, que el particular como contratante ha de poder recurrir a la Administración para obtener que en algunos supuestos se le cubran totalmente los perjuicios sufridos” — DÍEZ, J. M., *Derecho Administrativo*, t. III, p. 17 y ss., Plus Ultra, Buenos Aires, 1979. 2ª edición.

Sociales y todo ente estatal nacional se ajustará a las disposiciones del presente.

Parece interesante destacar, *ab initio*, que la amplitud de los términos usados permite comprender, dentro de la regulación del decreto, tanto a los contratos administrativos propiamente dichos, como a los denominados de derecho privado, celebrados por la administración. Ambos integran la categoría de “contratos de la administración”⁽¹⁷⁾, a la cual parece dirigirse el decreto.

(17) La cuestión es discutible, en la medida en que se hace hincapié en que se legisla para “el sector público”. Sobre los *Contratos de la Administración: caracteres y diferencias*, puede leerse con provecho el trabajo de André de Laubadere, de ese título, publicado en *Contratos Públicos*, U. N. de Cuyo, 1980, p. 35 y ss. El Profesor francés insiste en distinguir los contratos de la Administración en dos categorías: los administrativos propiamente dichos y los denominados de derecho privado, celebrados por la administración. En la doctrina nacional adhieren al dístico MARIENHOFF, M. S., *Tratado*, t. III A, págs. 20-37, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970; CASSAGNE, J. C., *Los contratos de la Administración Pública*, E. D., t. 57, p. 793; DIEZ, ob. cit., y otros. Barra excluye la categoría, por entender que no es verdad que los contratos privados de la administración se encuentran regidos por el derecho privado. Afirma la tesis de la sustantividad del contrato administrativo con relación al civil, lo que supone, a su juicio, reconocer la existencia de un derecho administrativo de la contratación, con principios y normas propias y específicas, distintas a las del derecho civil; BARRA, R. C., *Contrato de obra pública*, t. I, *Parte general*, Abaco, Buenos Aires, 1984, p. 19 y ss., Barra coincide con Dromi en la posibilidad ontológica de la existencia de los “Contratos del Estado”, clasificables en: regidos por el Derecho Público y regidos por el Derecho Internacional; los primeros, a su vez, pueden distinguirse en contratos administrativos propiamente dichos y contratos interadministrativos, en los que ambas partes contratantes tienen la calidad de sujeto público. DROMI, J. R., *Contratos de la Administración*, J. A., Doctrina 1974, p. 613 y ss. Rodolfo Carlos Barra, en su obra, *Principios de derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 152, nos dice que “el derecho administrativo es un sistema específico de derecho público (régimen jurídico exorbitante) que normativiza las exigencias de la virtud de la justicia distributiva en el ejercicio interno y externo de la función administrativa”. Entendemos que esta conciliación entre el “régimen exorbitante”, que se pregona por importantes sectores como característico del contrato administrativo, y la “justicia distributiva”, aparece como de importancia máxima.

En cuanto al ámbito territorial, no obstante tratarse de una cuestión vinculada con la reforma monetaria, que es de atribución ordinaria del Congreso de la Nación, y, por tanto, con validez y alcance para toda la República —ley de fondo— algunas expresiones del decreto —“...y todo ente estatal nacional”— han dado pie al dictado de decretos por los Ejecutivos Provinciales interpretativos del 1096 “para todos los organismos públicos de la provincia, incluidos los descentralizados y las empresas del Estado” (18).

10. Obligaciones sin cláusula de ajuste o indexación. Las razones para convertir al día del efectivo pago.

II. Obligaciones para las que no corresponda el ajuste del monto.

Artículo 2º. Las obligaciones emergentes de contrataciones expresadas en pesos argentinos para las que no sean de aplicación ajustes de precios se cancelarán en australes según la paridad fijada en la escala de conversión del artículo 4º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 para la fecha del efectivo pago.

El texto es coincidente, en lo fundamental, con lo dispuesto en el artículo 5º del decreto 1096. Se trata, obviamente, de contrataciones celebradas con anterioridad al 15 de junio de 1985. Su moneda es la vigente entonces, el peso argentino; la inexistencia de una cláusula de ajuste o indexación aventa los problemas

(18) Así reza el decreto N° 1247 dictado por la Provincia del Chaco —Vicegobernador a cargo del Poder Ejecutivo— con fecha 10 de julio de 1985 (éste es anterior al 1568). Iremos comentando sus soluciones a medida en que vayamos haciéndolo con el decreto del Ejecutivo Nacional.

y de allí que sólo preocupe la fecha de conversión. Siendo una deuda cuyo vencimiento se extiende o prolonga durante un tiempo, bajo la vigencia de la nueva moneda, por las dos razones expresadas en el capítulo tercero —la previsión presumida de una fuerte expectativa inflacionaria, que ha llevado a establecer un “sobreprecio” o un abultamiento del precio real y la excesiva onerosidad sobreviniente para el deudor, que debe pagar con moneda sana y no depreciada— se dispone la conversión al día del pago, del efectivo o real, con la entrega de la prestación debida (se paga pagando).

11. Obligaciones con ajuste. Los índices anteriores al que comprenda junio de 1985.

III. Obligaciones para las que no corresponda el ajuste del monto.

Artículo 3°. Cuando para determinar el monto de la obligación se utilicen variaciones de índices correspondientes solamente a períodos anteriores al que comprenda el día 15 de junio de 1985, el monto será calculado en pesos argentinos y cancelado en australes, según la paridad prevista en la Escala de Conversión del artículo 4° del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 para el día del efectivo pago.

Tanto la solución de este texto como del precedente suponen el respeto a lo contractualmente previsto. Ahora es el criterio de actualización el que se atiene a lo convenido.

Refiriéndose a los contratos administrativos, al *Régimen de pagos, intereses, imprevisión, mayores costos y actualización*, dice el profesor Marienhoff que,

tales contratos, “no obstante su carácter y régimen, siguen conservando la característica del contrato clásico: norma creada convencionalmente para reglar la conducta futura de las partes, quienes, en consecuencia, quedan recíprocamente obligadas a cumplir lo pactado” (19). Y más adelante agrega que “el cocontratante de la Administración Pública, máxime en los contratos de colaboración —por ejemplo, contratos de obra pública, concesión de servicio público, suministro, etc.— tiene el fundamental derecho a percibir una suma de dinero en pago de su prestación. Esta suma de dinero, convenida originariamente en el contrato, debe serle «pagada» al cocontratante en la fecha o fechas estipuladas. Tal es el principio general y lo que sucede habitualmente”.

En la cuestión relativa a la incidencia del proceso inflacionario en los contratos administrativos, la doctrina especializada ha distinguido entre “el reajuste voluntariamente establecido por las partes en sus contratos”, de la “indexación” que se origina en la imposición por parte de la autoridad pública de los llamados “índices correctores”. En el primer caso la modificación del precio surge del seno del propio mercado, constituyendo fenómenos endógenos; en el segundo, la indexación introduce coactivamente elementos extraños al mercado (20).

Finalmente, se señala “que puede ocurrir, por diversas causas, que la situación de plaza existente en el momento de celebrar el contrato, sufra alteraciones que hagan más oneroso el cumplimiento de las prestaciones a cargo del cocontratante. Esto da lugar, para

(19) MARIENHOFF, ob. cit., en *Contratos Públicos*, p. 107 y ss.

(20) MARIENHOFF, ob. cit., p. 109.

remediar la situación creada al cocontratante, a que se recurra, según los casos y según el origen del trastorno, a la llamada «teoría del hecho del príncipe», a la «teoría de la imprevisión» (o riesgo imprevisible o lesión sobreveniente) o, directamente, a los mayores costos" (21).

Ahora bien, de esos distintos caminos para la actualización, el artículo que comentamos se refiere al convencional, al pactado por las partes en el negocio administrativo.

12. Variaciones de índices que incluyan el 15 de junio. La novedad del "atraso". El criterio económico de composición.

Artículo 4º. Cuando para determinar el monto de la obligación se utilicen variaciones de índices dadas para un intervalo que incluya el día 15 de junio de 1985, el monto será calculado en pesos argentinos incorporando las correspondientes variaciones del índice. El valor resultante será convertido a australes aplicando la paridad prevista en la escala de conversión del artículo 4 del decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1096 del 14 de junio de 1985 para el día en que deba considerarse devengada la variación del índice correspondiente al período que incluya el día 15 de junio de 1985.

El día en que deberá considerarse devengada la variación del período que comprenda el 15 de junio de 1985 resultará de:

- a) Determinar el día en que corresponda cancelar la obligación, según fecha de pago contractualmente prevista.*
- b) Atrasar dicho día en tantos períodos del índice como los que resulten de la diferencia entre el período*

(21) MARIENHOFF, ob. cit., p. 109.

usado como numerador para ajustar la obligación y el período que incluya el 15 de junio de 1985.

Este texto, que es similar al artículo 4º del decreto 1567 para las locaciones, incorpora la novedad del “atraso” para la aplicación de la escala del desagio. Vale decir que el desagio no se efectúa a la conversión del día “en que corresponda cancelar la obligación”—que, por vía de ejemplo, de acuerdo con el Reglamento de las Contrataciones del Estado, decreto 5720/72 (texto ordenado con las modificaciones hasta el año 1984), es “dentro del plazo de treinta días”, artículo 110, a contar “desde el día siguiente al que se produzca la conformidad definitiva” (dentro de los siete días de la entrega de los elementos, art. 103)—ni tampoco se desagia al día del pago.

El desagio o conversión se produce al día denominado del “devengamiento de la variación del índice”. Este día es variable, puesto que se parte de un día cierto —el que corresponda cancelar la obligación— para desde allí producir el atraso; este “retroceso” en el tiempo tiene en cuenta los períodos de índice que van desde el período numerador o de ajuste y el período que incluya junio.

Si como período numerador o de ajuste (“período usado como numerador para ajustar”) se considera el del pago, pues se ha pactado la aplicación del índice de ese modo, habrá luego que calcular cuántos períodos median entre ese y el que incluye junio, para atrasar a contar desde el día que “corresponda cancelar la obligación”.

Reiteramos que no hay en este planteo un criterio jurídico sino uno económico-financiero o meramente económico de composición o transacción.

**13. Los períodos de actualización. Criterios y supuestos de actualización.
La ley 21.391.**

Artículo 5º. Se entenderá por "período" de un índice la unidad temporal para la cual se lo elabora, esto es en las unidades de día, semana, mes u otras para las cuales se informan las variaciones del índice. En consecuencia, cuando se prevea el ajuste por variación de precios de un bien entre un día y otro día, se considerará que el período es diario. El mismo criterio se aplicará cuando el ajuste resulte de variación de valores.

Cabe enfatizar que lo que se convierte de pesos argentinos a australes es la deuda o factura, para usar la expresión del Reglamento de Contrataciones, con más su actualización. Ese reajuste puede estar, como ya vimos, pactado en el contrato o bien desprenderse de un "régimen de actualización" de origen legal, como es el caso de la ley 21.391 y de otras leyes de actualización, como la 21.392, aplicable a contratos que se rigen por la ley de Obras Públicas, la 21.667 destinada a los organismos públicos que tienen prevista la aplicación de fórmulas de mayores costos, que no se rigen por el decreto 5720/72, y otras.

La ley 21.391, en su artículo 1º establece la actualización de los precios pactados en las contrataciones celebradas con regímenes que establezcan su invariabilidad, para la provisión de servicios y suministros en el mercado interno por el Estado, Administración central, cuentas especiales, organismos descentralizados y empresas del Estado cualquiera que sea su naturaleza jurídica ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ Para examinar los alcances de esta ley 21.391 y cuestiones conexas, puede consultarse con provecho la obra de CASELLA - CHOJKIER -

Ahora bien, esta ley tiene previstas dos clases de actualización:

- a) una es la de precios, aplicable desde la apertura de las ofertas hasta la recepción definitiva; y,
- b) otra es la actualización por mora, desde el momento en que debió efectuarse el pago hasta el pago efectivo.

La actualización, reza el artículo 2º de la ley, se efectúa sobre la base de la variación del índice general de precios mayoristas, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, tomando el último mes anterior a cada uno de los momentos que establecen los incisos “a” y “b” del artículo 2º, según se trate de actualización de factura o por mora.

14. El atraso y la resta. Los distintos supuestos. Ejemplos.

Artículo 6º. Como consecuencia de lo expuesto en el artículo 5º, cuando el período utilizado en el numerador sea el que comprende el día 15 de junio de 1985, la variación de dicho período se considerará devengada en la fecha indicada en el inciso a) del artículo 4º.

Así, por vía de ejemplo, si una factura de fecha 30 de julio de 1985, con vencimiento al 15 de setiembre de 1985, con ajuste mensual al día 30 de cada mes, se convierte en australes, debe atenderse a la Escala vigente a la fecha contractual, o sea al 15 de setiembre de 1985. Y es así porque el período usado como numerador es el 6 —mes anterior al del vencimiento (en el caso)— y el período que incluye junio es también el

6 mensual, por lo cual la resta da cero ($6 - 6 = 0$), de donde no se produce atraso con relación al día en que corresponde cancelar - inciso "a".

En cambio, escapa del supuesto del inciso "a" y se vuelve de aplicación el atraso del inciso "b", en el siguiente ejemplo: una factura de fecha 15 de agosto de 1985, con vencimiento el día 30 de setiembre de 1985, de conformidad con el régimen de la ley 21.391. decreto 5720/72. Para ajustar se utiliza el mes anterior a la conformidad de entrega, en el caso el mes de julio o mes 7, y se resta del mes 6, que es junio o sea que resulta $7 - 6 = 1$. En consecuencia se atrasa el vencimiento un mes y la conversión se opera el día 30 de agosto de 1985.

Si el ajuste fuere diario, por ejemplo del dólar del día anterior y el plazo de treinta días corridos, la factura del 20 de agosto de 1985 vence el día 20 de setiembre de 1985. La resta debe efectuarse a contar desde el 20 de setiembre de 1985 y comprender 65 días, que son los que van desde el 15 de junio al 19 de agosto. Luego el día de conversión es el 15 de julio de 1985.

15. El índice provisional. La razón de su validez.

Artículo 7º. Lo dispuesto en los artículos 4º y 6º será de aplicación incluso en los casos en que el valor del índice para el período que contenga el día 15 de junio de 1985 tenga carácter provisional.

La norma tiende a evitar dilaciones e inseguridades en los procedimientos. Sea el índice provisional o definitivo, la conversión procede sobre la base del sistema comentado, que importa restar del numerador usado para actualizar la operación —que puede ser, se-

gún vimos, el numerador 6 (junio), 7 (julio), 8 (agosto), etc.—, el que corresponde a junio, o sea el mes o período 6; esa resta puede dar 0, 1, 2, 3, etc., y son esos números de meses (período mensual) los que se usan para atrasar el vencimiento contractual de pago. El día así obtenido nos da el momento de la conversión. Es por ello que la factura de agosto que se ajusta con el mes anterior o sea julio (7), debe restarse a junio o sea 6 y arroja 1; que se emplea para atrasar el mes de vencimiento, setiembre (9) y arroja la conversión en el 30 de agosto, mes 8.

16. La variación del costo financiero.

IV. Obligaciones para las que corresponda el ajuste del monto y se hubiera convenido el reconocimiento desagregado de variación de costo financiero.

Artículo 8°. Cuando para determinar el monto de las obligaciones se utilicen sólo variaciones de índices correspondientes al mes de mayo de 1985 o anteriores, éste será calculado en pesos argentinos y cancelado en australes, según la paridad prevista en la Escala de Conversión del artículo 4° del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 para el día del efectivo pago. El monto en pesos argentinos a convertir en australes deberá contemplar las variaciones de costo financiero contractualmente previstas.

En la hipótesis se contemplan dos criterios de ajuste: los índices tradicionales anteriores a junio y las variaciones de costo financiero; uno y otro se aplican por separado: primero se hace la actualización por el índice tal como hemos visto antes, incluso en los ejemplos mencionados, y al resultado se le aplica, de

conformidad con el contrato, con las estipulaciones de parte, las variaciones financieras, para las cuales el decreto trae fórmulas debidamente desarrolladas en los artículos siguientes.

17. Las fórmulas para la aplicación del costo financiero desagregado.

Artículo 9º. Cuando la tasa de referencia que corresponda aplicar contractualmente para determinar la variación de costo financiero respecto de las obligaciones contempladas en el artículo 8º deba obtenerse a partir del día 15 de junio de 1985, se procederá a calcularla como la resultante de la siguiente expresión:

$$t \$a. = [(1 + t A). (Variación EC) - 1]. 100$$

donde:

t \$a. = Tasa equivalente efectiva mensual en tanto por ciento para pesos argentinos

t A = Tasa efectiva mensual en tanto por uno para operaciones en australes

Variación EC = Para los meses de junio y julio de 1985, el valor a incorporar será de 1.29.

Para los meses siguientes dicho valor surgirá del cociente entre la paridad fijada para el primer y último día del mes considerado en la escala de conversión del artículo 4º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 (australes por mil pesos argentinos).

El texto se limita, como lo dice su encabezamiento, a dar una fórmula para la estimación de la variación

del costo financiero y como incorpora el período posterior al 15 de junio, pone especial cuidado en la conversión de una moneda, los pesos argentinos, en la moneda buena, el austral.

18. Las variaciones de costo financiero y las variaciones de precios.

Artículo 10. Cuando para determinar el monto de las obligaciones corresponda utilizar variaciones de índices dadas para un intervalo que incluya el 15 de junio de 1985, el monto será calculado en pesos argentinos incluyendo las correspondientes variaciones de precios, sin incorporar el reconocimiento por variaciones de costo financiero. El valor resultante será convertido a australes aplicando la paridad prevista en la escala de conversión del artículo 4º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1096 del 14 de junio de 1985 para el día en que deba considerarse devengada la variación de precios correspondientes al período que incluye el 15 de junio de 1985. El día en que deberá considerarse devengada la variación del período que comprenda el 15 de junio de 1985 resultará de:

- a) Determinar el día a partir del cual corresponda calcular sobre el monto de la obligación variaciones por costo financiero, o sea, el primer día a partir del cual se compute el plazo para el pago, salvo que contractualmente se hubiera previsto un día distinto, en cuyo caso se tomará este último.*
- b) Atrasar dicho día en tantos períodos del índice como los que resulten de la diferencia entre el período usado como numerador para ajustar la obligación y el período que incluya el 15 de junio de 1985.*

Será de aplicación a estas facturas lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º del presente decreto.

El texto que hemos transcripto debe leerse con cuidado, pues aunque colocado en el capítulo iv sobre variación de costo financiero, nos dice que si se aplican índices que incluyen junio, deben incorporarse las “variaciones de precios”, de acuerdo con el criterio de “atraso” que señala —en coincidencia con el atraso ya examinado— y no debe atenderse al “reconocimiento por variaciones de costo financiero”.

19. El costo financiero y la conversión de la vieja moneda a la nueva moneda.

Artículo 11. Para el reconocimiento de la variación del costo financiero, aplicable a partir de la fecha indicada en el inciso a) del artículo 10, se tomarán en consideración, cuando corresponda, las tasas de interés aplicables a operaciones en australes.

Cuando, por aplicación de normas contractuales o legales, resulte que la tasa de referencia a aplicar a un monto ya convertido en australes sea una vigente para pesos argentinos, se procederá a calcular la tasa equivalente como resultado de la siguiente expresión:

$$t \text{ A} = \left(\frac{1 + t\$a}{1.29} - 1 \right) 100$$

t A = Tasa equivalente efectiva mensual en tanto por ciento para australes

t \$a = Tasa efectiva mensual en tanto por uno para operaciones en pesos argentinos.

Se explica en el texto cómo se calcula, a partir del día primero en que se computa el plazo para el pago, en aquellos casos en que corresponda aplicar la

variación financiera; hace hincapié en la tasa de interés en operaciones en australes.

Y si la tasa está expresada en pesos argentinos y es la vigente para la moneda vieja, se indica cómo se adecua a la moneda nueva, cuál es su equivalente.

20. Las fórmulas polinómicas y la descomposición.

V. Disposiciones comunes aplicables a las obligaciones ajustables.

Artículo 12. Cuando para el ajuste del monto de las obligaciones corresponda utilizar variaciones de uno o varios índices, dadas para períodos que comprendan distintas fechas, entre las que se incorporen variaciones correspondientes a un período o períodos que incluyan al día 15 de junio de 1985, la conversión a australes resultará de:

- a) Determinar el monto en pesos por aplicación de las fórmulas contractual o legalmente previstas.*
- b) Establecer, del monto total resultante, la proporción en que, según lo previsto contractualmente, incide cada uno de los índices aplicados.*
- c) Aplicar el procedimiento previsto en el artículo 4º o artículo 10, según corresponda, sobre cada uno de los montos parciales establecidos según el inciso b) de este artículo cuando se trate de variaciones correspondientes a un intervalo de tiempo que incluya el día 15 de junio de 1985.*
- d) Aplicar el procedimiento previsto en el artículo 3º o artículo 8º, según corresponda, cuando sólo se trate de variaciones correspondientes a períodos anteriores al que incluye el día 15 de junio de 1985.*

e) *Sumar el monto en australes resultante de las operaciones previstas en los incisos c) y d) de este artículo.*

Así como los artículos precedentes, del 8 al 11 inclusive, se ocupan del índice o costo financiero, el artículo 12 trata del ajuste con base en fórmulas polinómicas; dispone allí una especie de descomposición o atomización, que tiende a desarrollar cada término según los procedimientos ya explicados.

21. Índice combinado con costo financiero.

Artículo 13. Cuando en las contrataciones se hubiere previsto el reconocimiento desagregado de variaciones de costo financiero sobre una parte del monto de la obligación, se procederá aplicar, en las proporciones que corresponda, lo dispuesto en los artículos 4º y 10 del presente.

Es otro supuesto de índices complejos o combinados. Ahora resulta de la incorporación de índices económicos y, sólo en alguna medida, y desagregado de aquéllos, de variaciones de costo financiero.

22. La variación de costo por salario.

Artículo 14. Cuando las fórmulas utilizadas para ajustar el monto de las obligaciones hubieren previsto explícitamente la utilización de índices que reflejen la variación de costo por salario correspondiente a períodos que incluyan el mes de junio de 1985, la variación que resulte por este rubro será multiplicada por 1,135782, factor resultante del cociente entre la paridad fijada en la escala de conversión para australes por

mil pesos argentinos al día 15 de junio de 1985 y la establecida para el día 30 del mismo mes.

En los casos en que no se haya convertido el precio básico a australes, según lo previsto en el artículo 15, la misma corrección se aplicará a los índices de salario que reflejen variaciones para períodos posteriores al que incluya el día 15 de junio de 1985.

Se contempla en el texto un nuevo índice o parámetro de variación o actualización, que es el de "costo salarial"; para ese supuesto se prevé que la variación convenida se multiplicará por 1,135782 y luego se hará la conversión en la forma ya indicada.

23. Las obligaciones posteriores a las reajustadas con el índice junio.
Solución alternativa.

Artículo 15. Alternativamente a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 4 y 10 del presente para determinar el monto en australes de las obligaciones posteriores a aquellas para las cuales se consideraron por primera vez variaciones de índices del período que incluye el día 15 de junio de 1985, los entes comprendidos en el artículo 1º podrán optar por convertir el precio básico del contrato a australes, el que resultará de:

- a) Actualizarlo aplicando las variaciones de índices hasta, inclusive, la del período que comprende el día 15 de junio de 1985.*
- b) Determinado según lo previsto en el inciso a) el monto actualizado en pesos, se procederá a su conversión a australes utilizando la paridad o paridades que hubieran correspondido según sea de apli-*

cación lo dispuesto en los artículos 4º, 10, 12 o 13 del presente.

Una vez que se hubiera procedido según lo previsto en los incisos a) y b) de este artículo, todas las obligaciones se expresarán en australes. Las futuras variaciones de precio se determinarán tomando en consideración el nuevo valor base expresado en australes y ajustándolo exclusivamente mediante la aplicación de variaciones de índices de períodos posteriores al que comprenda el día 15 de junio de 1985.

El procedimiento previsto en este artículo sólo será aplicable cuando, teniendo en cuenta las modalidades previstas para la facturación en cada contrato, no pueda haber perjuicio para el contratista respecto del resultado a que se llegue utilizando para el resto del plazo del contrato lo previsto en los artículos 4º o 10 del presente decreto.

El artículo se refiere a "las obligaciones posteriores" a aquellas que se ajustaron con el índice junio: para esas obligaciones señala un procedimiento alternativo, por el cual, en consecuencia, se podrá optar o no; ese procedimiento consiste en aplicar los criterios de actualización, con base en el "atraso", ya mencionados. Luego, establece que las obligaciones futuras se convierten definitivamente en australes y que se parte, para posteriores ajustes, del "valor base". Empero, este procedimiento sólo será de aplicación cuando no origine perjuicio para el contratista.

Recordemos que si bien la nueva "ley" se aplica a los efectos que el contrato va produciendo, en mérito al principio de aplicación inmediata, no puede, sin retroactividad, alterar los criterios que el mismo contrato ha dispuesto para los reajustes.

24. Las modificaciones al contrato originario. Las especies de modificaciones. El equilibrio financiero.

Artículo 16. Cuando las normas legales o contractuales prevean la posibilidad de efectuar modificaciones o ampliaciones del contrato original manteniendo los precios y condiciones pactados originariamente y no se hubiere convertido el precio básico en australes según lo previsto en el artículo 15, podrán contratarse las ampliaciones o modificaciones necesarias, respetando los precios originales y siguiendo, para su posterior liquidación y pago, el procedimiento previsto en los artículos 4º o 10 del presente, según corresponda.

El texto contempla una situación diferente: se trata de las modificaciones en los contratos administrativos. La doctrina admite que en el terreno del derecho público la modificación de los contratos tiene mayor campo de acción, porque la ejecución está dominada por un dinamismo ignorado en los civiles ⁽²³⁾. Por ello el principio de la inmutabilidad de los contratos civiles se transforma en el principio de la mutabilidad de los contratos administrativos. Las fuentes de la modificación pueden ser tanto la ley, el reglamento, como el mismo contrato. La administración se reserva el poder de modificación unilateral, fundada sobre las exigencias del interés general y los cambios sobrevenidos como consecuencia de esas exigencias ⁽²⁴⁾.

Diez nos precisa que las modificaciones que imponga la administración pueden incidir sobre distintos aspectos del contrato:

⁽²³⁾ DIEZ, ob. cit., t. III, p. 159 y ss.

⁽²⁴⁾ DIEZ, ob. cit., p. 161.

- a) Sobre la duración del mismo. Así, en una concesión de servicio público la administración la modifica haciendo uso del rescate.
- b) Sobre el volumen o cantidad de la prestación.
- c) Sobre las condiciones de ejecución del contrato, sustituyendo una técnica por otra nueva ⁽²⁵⁾.

Empero, agrega el autor mencionado, “correlativamente a la prerrogativa que tiene la administración de modificar el contrato, existe el deber de los particulares de aceptar esta modificación dentro de ciertos límites, y toda alteración de la ecuación económica del contrato trae aparejada para el contratante una indemnización. Si bien es cierto que el interés público exige la modificación del contrato, no lo es menos que los quebrantos que ello le ocasiona deben ser resarcidos...” Y más adelante agrega: “La potestad de la administración de modificar el contrato tiene límites:

- 1º) La necesidad de mantener el equilibrio financiero en favor del contratante.
- 2º) La ineludible obligación estatal de respetar las garantías constitucionales que puedan resultar afectadas por la modificación introducida o pretendida” ⁽²⁶⁾.

El artículo contempla la posibilidad de que existan modificaciones y que sea necesario calcular el precio que debe pagarse por las mismas, en pesos argentinos, para su posterior liquidación y cancelación.

⁽²⁵⁾ DIEZ, ob. cit., p. 165.

⁽²⁶⁾ DIEZ, ob. cit., p. 166.

25. Las obligaciones en mora. Los distintos criterios. El día del efectivo pago como día del desagio. Los intereses y la tabla de conversión.

VI. Obligaciones en mora.

Artículo 17. Las obligaciones en mora serán liquidadas según los siguientes procedimientos:

- a) *Deuda sobre la que corresponda calcular intereses. Se calcularán los intereses en pesos argentinos según lo previsto contractual o legalmente. Cuando deban utilizarse tasas de interés posteriores al 14 de junio de 1985, expresadas para operaciones en australes, será de aplicación la fórmula prevista en el artículo 9º del presente.*

El importe en pesos argentinos así determinado se convertirá a australes aplicando la paridad de la escala de conversión correspondiente al día de efectivo pago.

- b) *Deuda sobre la que corresponda calcular actualización. Mientras no se incorpore la variación de períodos de índices que contengan el 15 de junio de 1985, se calculará la actualización aplicando lo previsto contractual o legalmente e incorporando, de corresponder, la tasa de interés establecida. El monto resultante en pesos argentinos será cancelado en australes aplicando la paridad correspondiente al día del efectivo pago.*

Cuando para la actualización se utilicen variaciones de índices de períodos que incluyan el que contenga el 15 de junio de 1985, se calculará según lo previsto en el primer párrafo de este inciso y el monto resultante en pesos argentinos será convertido a australes aplicando la paridad del día en que deba considerarse devengada la variación co-

rrespondiente al período que incluya el día 15 de junio de 1985. El día en que deberá considerarse devengada la variación que comprende el 15 de junio de 1985 resultará de atrasar el día de efectivo pago en tantos períodos como los que resulten de la diferencia entre el período usado como numerador para ajustar la deuda y el período que incluya el 15 de junio de 1985. Cuando sólo corresponda aplicar variaciones de períodos posteriores al que comprende el 15 de junio de 1985, la deuda será expresada en australes calculando la actualización sobre el capital en australes resultante de convertir a australes el importe en pesos según la paridad correspondiente a la fecha de vencimiento de la deuda por capital.

Este texto, largo y reiterativo, cuya redacción deja bastante que desear, se refiere a una cuestión hartamente polémica, como es la de las deudas de la administración, originadas en contratos administrativos, en mora al 15 de junio de 1985. Contra lo que una primera apreciación pueda aconsejar, el “legislador” se ha decidido por una conversión no a la par de esa deuda ya morosa. Ha preferido, con un criterio benévolo para el deudor, la conversión tomando como base el día del efectivo pago.

Recordemos que a partir de la vigencia de la ley 21.391 el acreedor puede optar, en caso de mora, por los intereses a la tasa de redescuento del Banco Nación, o bien el reajuste por la variación experimentada por el índice de precios nivel general. Ambos sistemas son excluyentes, si bien optativos para el acreedor; empero, si éste no ha reclamado los intereses dentro de los treinta días del cobro de la factura vencida y se ha

producido la caducidad del derecho a ellos, puede intentar, sin embargo, el cobro de la actualización que dispone la ley 21.391.

Tratándose de un contrato de obra pública, el pago al contratante se efectuará de acuerdo con lo establecido en los pliegos en cuyo mérito se realizó el contrato. Pero tal pago tiene modalidades propias: se lo efectúa mediante el otorgamiento de los llamados “certificados de obra pública”. Si los pagos al contratista se retardasen de la fecha en que, según el contrato, debieran hacerse, éste tendrá derecho a reclamar intereses a la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina para los descuentos sobre certificados de obra. Así lo dispone el artículo 48 de la ley 13.064, después de la reforma introducida por la ley 21.392.

Pues bien, esos “intereses”, que representan los daños sufridos por el acreedor como consecuencia de la mora del deudor —la administración pública— se suman al capital, el importe de la factura, y se desagian al día de su efectivo pago. Así una factura vencida al 5 de junio de 1985, que se abona al 30 de julio de 1985, se convierte al 30 de julio de 1985.

Cuando corresponda actualización la solución varía según que se aplican índices anteriores a junio de 1985, que contengan esa fecha o posteriores a ella. Para el primer caso, se suma la actualización al capital y a los intereses y la conversión se hace al día del efectivo pago. Cuando se incluya el período de junio, se procede atrasando el día del efectivo pago, en tantos períodos como resulten de la diferencia entre el numerador y el que incluya junio, y el día o mes que resulta se considera el del devengamiento de la variación y a esa fecha se hace la conversión. Cuando se

incluyan índices posteriores a junio, la deuda estará convertida a australes, sobre esa nueva moneda se calculan los intereses y se emplea, ahora sí, la paridad correspondiente a la fecha de vencimiento de la deuda por capital.

26. El desagio del dinero entregado como garantía. Crítica.

VII. Disposiciones generales.

Artículo 18. Los montos en pesos argentinos recibidos o retenidos en carácter de depositario, en concepto de fondos de garantía u otros, serán restituidos o imputados en las oportunidades y modalidades que contractualmente correspondan, convirtiéndolos a australes según la paridad correspondiente al día de restitución o imputación.

El texto dispone, lisa y llanamente, que las garantías en efectivo se convertirán en la fecha de la devolución.

Hemos manifestado ya, antes de ahora, nuestra disconformidad con esta solución, por entender que se aparta de la naturaleza fructífera del dinero, de su calidad de cosa mueble consumible y fungible, por todo lo cual quien lo entrega en garantía transfiere su propiedad —tradición dominial— y quien lo recibe sólo se obliga a restituir igual cantidad de moneda, ahora convertida de la vieja a la nueva.

El desagio causa un grave perjuicio al acreedor de la restitución, mientras que el deudor, que lo ha tenido en su poder y se ha beneficiado con sus frutos civiles, entrega una cantidad que para nada computa ese aprovechamiento. No son aquí de aplicación los ar-

gumentos de la fuerte expectativa inflacionaria o del sobreprecio.

27. La notificación de la puesta a disposición como fecha de efectivo pago. Su razón de ser.

Artículo 19. A todos los efectos previstos en el presente, se considerará fecha de efectivo pago la de notificación fehaciente de la puesta a disposición de los fondos a favor del beneficiario.

La norma viene a aventar los equívocos, malintencionados por lo general, acerca de cuándo hay pago. Si el pago, según el artículo 725 es el “cumplimiento de la prestación”, es obvio que no se produce con manifestaciones o exteriorizaciones que son previas a la mencionada puesta a disposición de los fondos. Así en los contratos de obra pública el pago tiene modalidades propias: se lo efectúa mediante el otorgamiento de los llamados “certificados de obra pública”. Empero, dichos “certificados” no constituyen una orden de pago, sino una constancia de que el cocontratante realizó tal o cual porción de la obra, cuyo pago corresponde entonces de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones. Sobre la base del “certificado”, la Administración Pública dispone luego el pago pertinente ⁽²⁷⁾.

La demora del cocontratante, sea del proveedor, constructor de la obra pública o quien fuere, en percibir el precio puesto a su disposición, no puede perjudicar al deudor; de ahí que a los efectos del decreto, básicamente a los fines de la conversión, deba atenderse a la puesta a disposición (en rigor es el acreedor quien se vendría a perjudicar concurriendo a cobrar

(27) CASELLA - CHOJKIER - DUBINSKI, ob. cit., p. 246 y ss.

en forma tardía y, de este modo aumentando el margen del desagio)

28. Aplicación del decreto a los actos ya cumplidos. La retroactividad y los derechos adquiridos.

Artículo 20. Los actos realizados a partir del 15 de junio de 1985, en ejercicio o cumplimiento de las contrataciones mencionadas en el artículo 1º que no se hubieran ajustado a las normas del presente decreto, deberán adecuarse a las mismas debiendo las partes atender a las diferencias a que hubieran dado lugar.

Como ya los dijimos en oportunidad de ocuparnos del decreto de las locaciones (²⁸), el afán de justicia que inspira la solución de la norma no se conforma con los principios de la no retroactividad, de la liberación de pago hecho de conformidad con la ley vigente y de la propiedad que ampara lo adquirido por el acreedor.

La adecuación de los actos anteriores, ya agotados, a la normativa de la ley posterior, no se compadece con el principio de la aplicación inmediata a las situaciones nuevas.

Quien pagó lo debido en su hora, conforme con la ley que regía en ese momento, obtuvo la liberación que es propia del cumplimiento de la prestación, artículo 505, última parte.

Y, finalmente, lo percibido ha ingresado al patrimonio del acreedor y es entonces de su propiedad, garantizado por la Constitución, como es de "propiedad" del deudor la liberación ganada.

(²⁸) Recomendamos el artículo de CLAVELL BORRÁS, J., *Reforma monetaria y alquileres*, aparecido en *La Ley*, con fecha 12 de setiembre de 1985.

- 29. Las contrataciones en trámite.** Necesidad de ordenar los contratos de la administración ante la reforma monetaria. Distintas situaciones.

VIII. Contrataciones en trámite.

Artículo 21. Las contrataciones en trámite expresadas en pesos argentinos, iniciadas con anterioridad al 30 de junio de 1985, recibirán el tratamiento siguiente:

- a) Cuando no se hubiera procedido a la adjudicación se dejará sin efecto la licitación con fundamento en el cambio operado en las condiciones económicas. Para el próximo llamado se fijarán, cuando corresponda, las nuevas bases y/o presupuestos oficiales incluyendo en la invitación a cotizar la siguiente cláusula: "Las ofertas deberán efectuarse en australes y su reconocimiento de variación de costo o precios no pondrán contener índices anteriores a junio de 1985 inclusive".*
- b) Cuando se hubiere notificado la adjudicación y ésta no tuviere el efecto de perfeccionar el contrato, el mismo se estipulará en pesos argentinos, sujeto a las disposiciones del presente decreto.*

El adjudicatario podrá desistir de su oferta sin penalidades y con expresa renuncia a efectuar cualquier reclamo.

El artículo tiende a ordenar razonablemente las tramitaciones o tratativas, o sea aquellos contratos que se encuentran en su etapa de formación y no han llegado aún a la celebración o perfeccionamiento. De ahí que se parte de una distinción, siempre partiendo de la idea de que el dictado del decreto es posterior al comienzo de esas tratativas y anterior a su perfeccionamiento: a) tramitaciones donde aún no hay adjudica-

ción, y b) tramitaciones en las que habiendo ya adjudicación, falta aún un paso para la celebración definitiva.

Ocurre que la adjudicación es, como se sabe, un acto administrativo que pone fin al procedimiento licitatorio precontractual de particular importancia ya que constituye el último de los actos de esa etapa ⁽²⁹⁾; empero, no es el primero del contrato. El acto de adjudicación no notificado al oferente seleccionado, no perfecciona el contrato; se requiere realizar, además, la notificación, para que él nazca ⁽³⁰⁾.

De allí el distingo que el artículo recoge.

La falta de adjudicación, aun cuando se haya producido el antecedente inmediato que es el acto de preadjudicación —el cual contiene los datos necesarios para avalar dicha adjudicación— no impide que la Administración, con base en la reforma monetaria y en la necesidad de una real adecuación a ella de los contratos que celebra, con el mínimo de perjuicios para ambas partes, proceda a dejar sin efecto la licitación y, en su caso —de considerarlo conveniente o necesario— proceder a un nuevo llamado. No hay entonces un ataque a un derecho adquirido sino, cuanto más, a una mera expectativa.

El supuesto del inciso “b” es diferente; se ha dado ya el paso de la notificación de la adjudicación, pero aun así no se ha perfeccionado el contrato. Ello puede ocurrir cuando la orden de compra no ha sido recibida. El inciso 80 del decreto 5720/72 dispone que el contrato se perfecciona con la adjudicación, y el inciso 81 que “la adjudicación será comunicada al interesado en forma fehaciente dentro de los siete (7) días de acor-

(29) CASELLA - CHOJKIER - DUBINSKI, ob. cit., p. 217 y ss.

(30) Suprema Corte de Tucumán, L. L. 110-767; J. A. 1963-III-315.

dada, mediante orden de compra o venta y excepcionalmente en cualquier otra forma...”

Como para este segundo caso se establece la estipulación en pesos argentinos con todas las consecuencias de la conversión, en particular para el acreedor, la norma dispone, a favor del adjudicatario, el derecho de desistir, sin consecuencias en orden a la responsabilidad, ni para él ni para la Administración.

Artículo 22. De forma.