

En Buenos Aires, a los 20 días del mes de abril de 2009, en los autos caratulados "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios", reunidos en Acuerdo Plenario los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 298 del Código Procesal, en los términos de la votación efectuada en los Acuerdos Plenarios celebrados los días 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008 y con el objeto de exteriorizar los fundamentos de la doctrina legal aplicable respecto de las siguientes cuestiones:

"1) Si corresponde dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04.

2) En caso de respuesta afirmativa, se responda:

Si es conveniente establecer la tasa de interés moratorio.

3) En caso de respuesta afirmativa, se responda:

¿Cuál es la tasa de interés moratorio que corresponde aplicar? ¿Si corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina?

4) ¿La tasa de interés fijada es aplicable desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia?"

A la primera cuestión por la mayoría se pronuncian los Dres. Hugo Molteni, Mauricio L. Mizrahi, Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Omar L. Díaz Solimine, Miguel A. Vilar, Fernando M. Racimo, Mario P. Calatayud, José L. Galmarini, Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Carlos A. Bellucci, Beatriz A. Areán, Carlos A. Carranza Casares, Jorge A. Mayo, Jorge A. Giardulli, Claudio M. Kiper, Julio M. Ojea Quintana, Graciela A. Varela, Patricia E. Castro, Beatriz A. Verón, Marta del Rosario Mattera, Oscar J. Ameal, Silvia A. Díaz, Lidia B. Hernández, Víctor F. Liberman, Marcela Pérez Pardo, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Mabel A. De los Santos, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar.

Fundamentos de los Dres. Gerónimo Sansó, Mauricio L. Mizrahi, Claudio Ramos Feijóo, Omar L. Díaz Solimine, Miguel A. Vilar, Eduardo A. Zannoni, Carlos A. Bellucci, Jorge A. Mayo, Claudio M. Kiper, Jorge A. Giardulli, Marta del Rosario Mattera, Beatriz A. Verón, Oscar J. Ameal, Lidia B. Hernández, Silvia A. Díaz, Marcela Pérez Pardo y O. Hilario Rebaudi Basavilbaso.

Ante una nueva convocatoria de esta Cámara con la finalidad de revisar los criterios jurídicos adoptados en los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04, esta mayoría considera que la doctrina obligatoria en materia de tasa de interés que emana de esos pronunciamientos debe dejarse sin efecto.

Hoy la tasa fijada en aquellas oportunidades no cumple acabadamente la función resarcitoria que tienen los intereses moratorios, la que consiste en reparar el daño por el retardo injustificado e imputable en el cumplimiento de la obligación, así como tampoco mantiene el valor del capital de condena.

La reparación que debe otorgarse a las víctimas de un daño injusto tiene que ser integral a fin de dar cumplimiento a lo que dispone la norma del art. 1083 del Código Civil.

Entonces, para que aquella sea realmente retributiva los intereses tienen que compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, además de cubrir la pérdida de su valor adquisitivo.

La tasa de interés moratorio debe ser suficientemente resarcitoria en la especificidad del retardo imputable que corresponde al cumplimiento de la obligación dineraria con la finalidad, entre otras, de no prolongar la ejecución de la condena indemnizatoria en detrimento del patrimonio de la persona damnificada. Con el objeto de mantener incólume la cuantía de la obligación deben fijarse tasas de interés positivas en procura de evitar que, debido a la demora en el pago imputable al obligado, el acreedor reciba una suma nominal depreciada, en lugar de la justa indemnización que le corresponde para enjugar el daño padecido (conf. CNCiv., Sala G, in re "Velázquez Mamani, Alberto c/ José M. Alladio e Hijos S.A. y otros" del 14/11/06, LL 2007-B, 147).

Los factores micro y macro económicos que dieron lugar a los plenarios "Vázquez" y "Alaniz" son diferentes a los que se dan en el momento actual. Los cambios de las circunstancias económico-financieras operados, de los que dan cuenta los índices inflacionarios -aún aquéllos que plantean serios reparos sobre su transparencia-, son elementos que dan fundamento a la decisión de dejar sin efecto esa doctrina porque ya no cumple la satisfacción de "la debida indemnización de los daños sufridos".

De ahí que, en una economía donde la inflación es igual a cero cualquier tasa, aún la pasiva, es una tasa positiva. Pero frente a la creciente desvalorización monetaria, la tasa pasiva no repara ni siquiera mínimamente el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno, a la par que provoca un beneficio para el deudor moroso. Se agrega a ello que hoy nadie puede desconocer la desvalorización monetaria, reconocida inclusive por los propios índices que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (conf. Castillejo de Arias, Olga; "En Mendoza la mora premia, no apremia. A propósito de la sanción de la ley de intereses 7198 de la Provincia de Mendoza"; LL Gran Cuyo, junio 2004, 413).

En razón de las circunstancias económicas puestas de relieve y dado que la modificación introducida por la ley 25.561 mantuvo la redacción del art. 7 de la ley 23.928, prohibiendo toda actualización monetaria, indexación de costos y repotenciación de deudas cualquiera fuera su causa, se hace necesario que la tasa de interés moratorio guarde relación con los cambios operados. De tal manera, al encontrarse la tasa actualmente obligatoria por debajo de los parámetros inflacionarios no es retributiva y se aleja de la finalidad resarcitoria de este tipo de interés.

El análisis acerca de si el interés que se fija es adecuadamente resarcitorio debe efectuarse desde la óptica jurídica y no puramente economicista, focalizándose en el perjuicio que sufre el acreedor por los efectos de la mora.

Una tasa -como la pasiva-, que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios, no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda. Es por ello que la tasa de interés debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable. Al tratarse de deudas reclamadas judicialmente debe existir un plus por mínimo que sea que desaliente el aumento de la litigiosidad (conf. Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, in re "Amaya, Osfaldo D. c/ Boglioli, Mario" del 12/9/05; LL Gran Cuyo, 2005 -octubre-, 911-TySS2005, 747-IMP2005- B, 2809).

Las razones apuntadas permiten concluir que es conveniente dejar sin efecto la obligatoriedad de computar la tasa pasiva como interés moratorio cuando no hay fijado un interés convencional o legal y establecer una que efectivamente sea retributiva y cubra el valor de la moneda. Ante el mantenimiento de la prohibición de actualización monetaria y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda la tasa pasiva -adoptada como obligatoria en los plenarios aludidos- no recompone el capital de condena y es un estímulo para que el deudor continúe en mora.

En consecuencia, al primer interrogante propuesto nos pronunciamos por la afirmativa.

Fdo. Gerónimo Sansó (con ampliación de fundamentos), Mauricio L. Mizrahi (con ampliación de fundamentos), Claudio Ramos Feijóo (con ampliación de fundamentos), Omar L. Díaz Solimine (con ampliación de fundamentos), Miguel A. Vilar (con ampliación de fundamentos), Eduardo A. Zannoni (con ampliación de fundamentos), Carlos A. Bellucci, Jorge A. Mayo, Claudio M. Kiper, Jorge A. Giardulli, Marta del Rosario Mattera (con ampliación de fundamentos), Beatriz A. Verón (con ampliación de fundamentos), Oscar J. Ameal (con ampliación de fundamentos), Lidia B. Hernández (con ampliación de fundamentos), Silvia A. Díaz (con ampliación de fundamentos), Marcela Pérez Pardo (con ampliación de fundamentos), O. Hilario Rebaudi Basavilbaso.

Fundamentos de los Dres. Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Mario P. Calatayud, José L. Galmarini, Fernando Posse Saguier, Julio M. Ojea Quintana, Patricia E. Castro, Graciela A. Varela, Mabel De los Santos, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar

Como quedó dicho en el voto de mayoría emitido in re "Alaniz", "al fijar los intereses -cuya función en el caso de los moratorios es resarcitoria, al reparar el daño que provoca el retardo injustificado e imputable en el cumplimiento de una obligación- debe procurarse que la tasa restaure de modo efectivo la privación del capital adeudado al acreedor durante el período de la mora, con miras a lograr la justicia individual del caso e impedir que el incumplimiento, como conducta social sea premiado y, de tal modo, estimulado, con las obvias consecuencias que de allí resultan para la sociedad en su conjunto y el desmedro consiguiente de la seguridad jurídica".

Se destacó asimismo que "en épocas anteriores a la ley de convertibilidad 23.928 en las que se admitía en forma judicial y legal la actualización de las deudas a través de la utilización de mecanismos de ajustes, los intereses moratorios eran a tasas reducidas, ya que el valor comprometido se encontraba preservado por la aplicación de los índices de variación de precios. Ante la prohibición que aquella ley decretó respecto de la utilización de mecanismos de indexación de deudas a efectos de corregirlas de la

depreciación que pudiera traer la inflación, la tasa de interés a aplicar cobró mayor relevancia. Ello dado que, si bien la tasa no es un mecanismo de actualización del capital ya sea porque su función económica es la mencionada o la de establecer el precio por el uso del dinero en la operación crediticia, cabe contemplar a los efectos de su fijación -entre otras variables- la expectativa inflacionaria".

De ahí que -se sostuvo- "en virtud de las circunstancias económicas actuales y luego del dictado de la ley 25.561 que mantiene el principio nominalista y la prohibición de actualización monetaria, en cuanto a la fijación de las tasas de interés moratorio corresponde considerar aquellas que entre sus componentes contemplen la pérdida del valor adquisitivo de la moneda debido a procesos inflacionarios".

Y en tal sentido, luego de indicar que en su composición habitual la tasa pasiva que pagan las entidades financieras "incluye la retribución al capital, la inflación esperada y algún riesgo de que la entidad no devuelva los fondos", y de hacer referencia al desarrollo de dicha tasa, el voto concluyó: "... puede afirmarse que sin perjuicio de algún breve período a comienzos de año 2002 donde la tasa pasiva fue negativa, ante la crisis y la necesidad de asegurar la retención de capitales por el sistema bancario, se observa que ellas también sufrieron incrementos a tenor de los vaivenes económicos... El análisis de la tasa pasiva en el último año más allá de la marcada diferencia con la tasa activa que como se explicitó contempla otros elementos..., cubre la inflación y revela que en la actualidad es una tasa retributiva, encontrándose inclusive por encima de las tasas internacionales como la Libor y la Prime rate. Bajo estos parámetros, la tasa pasiva cumple su función de reparar el daño padecido por el acreedor a raíz del retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación...".

Ahora bien, la premisa de esa conclusión, esto es, el carácter positivo de la tasa pasiva, establecida el 23 de marzo de 2004, que llevó a mantener la solución decidida in re "Vázquez" ha perdido actualidad, pues, justamente a partir de esa fecha, la tasa pasiva ha dejado de ser positiva y de ese modo ha dejado de cumplir su función resarcitoria y de compensar el daño sufrido por el acreedor al verse privado del capital que debía pagársele en tiempo oportuno.

Así lo revela la comparación de la evolución de la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina de acuerdo con lo previsto por el art 8° del decreto 529/91, modificado por el decreto 941/91 -su promedio mensual- con la evolución del índice de precios al consumidor que publica el INDEC.

Consecuentemente, desaparecido de hecho el fundamento que en los fallos plenarios "Vázquez" y "Alaniz" llevo a considerar que la tasa pasiva que adoptaron cumplía adecuadamente su función resarcitoria, corresponde dejar sin efecto la doctrina en ellos fijada.

Fdo. Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Mario P. Calatayud, José L. Galmarini, Fernando Posse Saguier, Julio M. Ojea Quintana, Patricia E. Castro, Graciela A. Varela, Mabel De los Santos, Carlos R. Ponce, Elisa M. Diaz de Vivar.

Fundamentos de los Dres. Beatriz A. Areán y Carlos A. Carranza Casares

Las doctrinas plenarios fijadas con anterioridad a esta convocatoria son coincidentes en cuanto a la naturaleza resarcitoria de los intereses establecidos por la privación del capital durante la mora, que incluye a preservación del valor de la moneda.

Así, en el fallo plenario "Alaniz Ramona Evelia c/ Transportes 123 SACI Interno 200 s/ daños y perjuicios" el 23 de marzo de 2004, la mayoría del Tribunal concluyó que correspondía mantener la doctrina establecida en el anterior, dictado el 2 de agosto de 1993, en los autos: "Vázquez Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios", sobre la base que no cabía descalificar la tasa pasiva si no surgían elementos que determinasen que ésta no satisfacía la debida indemnización de los daños sufridos y que el análisis de esa tasa pasiva en el último año anterior al fallo, más allá de la marcada diferencia con la activa, cubría la inflación y revelaba que a la sazón era una tasa retributiva.

Ahora bien, la premisa del fallo atinente a la evolución de la tasa pasiva en el contexto de la realidad económica actual, ya no puede ser esgrimida. A poco que se consulten sus indicadores -como los que registran el incremento de precios al consumidor- y se los compare con la mencionada tasa, se advierte que hoy ésta no alcanza para cumplir con la función de reparar el daño padecido por el acreedor a raíz del retardo del deudor en el cumplimiento de su obligación.

En consecuencia, y sin perjuicio de lo que cada uno habrá de expresar al responder a la segunda pregunta de la convocatoria, al haber desaparecido el presupuesto en que se sustentaba, no es posible mantener la sentencia plenaria sujeta a revisión.

Por lo tanto, al primer interrogante nos pronunciamos por la afirmativa.

Fdo. Beatriz A. Areán, Carlos A. Carranza Casares.

Fundamentos del Dr. Hugo Molteni

Esta es la tercera oportunidad en que la Cámara Nacional en lo Civil se convoca para decidir cual es la tasa de interés moratorio aplicable y a pesar de que en esta oportunidad quedó mayoritariamente consagrado el temperamento que sostuviera en los dos anteriores plenarios, en pro de la pertinencia de la tasa activa, nuevamente el motivo en que se funda el criterio mayoritario reside en circunstancias de la coyuntura económica, más que en una definición jurídica del interés que corresponde a las obligaciones dinerarias cuando el deudor se encuentra en mora. Así como en el plenario "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros" (del 2 de agosto de 1993), el motivo que inspiró a la convocatoria y a la decisión mayoritaria radicó en la vigencia de la ley de convertibilidad n° 23.928 y sus decretos reglamentarios ( n°s 529/91 y 941/91) y la estabilidad monetaria que ello trajo aparejado, en el posterior plenario "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transporte 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios", igualmente el móvil que llevó a revisar la doctrina anterior y a ratificar la vigencia de la tasa pasiva, se fundaba en la normativa de emergencia económica originariamente regulada por la ley 25.561 y en el hecho de que en el marco recesivo impuesto por la crisis, dicho interés aún constituía una tasa positiva, que cubría la inflación y era retributiva.

En ambos precedentes, como también en el actual fallo plenario, son los factores económicos y circunstanciales los que mueven a este Tribunal a disponer la convocatoria y, en definitiva, constituyen el fundamento de la nueva doctrina.

En esto discrepo con la tesis mayoritaria, a cuya solución me plegara, no por esas variables contingencias, sino porque sigo creyendo que la tasa activa es la que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, rectamente traduce el daño experimentado por el acreedor frente al incumplimiento culposo del deudor dinerario. No son las razones económicas las determinantes del tipo de interés que corresponde aplicar en ausencia de convención de las partes, sino que al margen de las variaciones que registren las tasas por las propias fluctuaciones del mercado financiero, desde el punto de vista jurídico es menester reconocer que el resarcimiento debido por el deudor moroso debe estar representado por la denominada tasa activa, que es la que cobran los bancos por los créditos que otorgan.

Desde antiguo se ha reconocido que privado el acreedor del goce de su capital, a causa de la mora del deudor, siempre podrá recurrir a una fuente crediticia, solicitando en préstamo un capital equivalente al debido, por lo que el verdadero y efectivo daño experimentado por el acreedor, siempre estará representado por los intereses pagados por él al tercero. Este criterio, que consagra un daño presunto, fue sustentado por la doctrina francesa y fue precisamente ese pensamiento, orientado a computar el virtual costo del préstamo para sustituir al fungible dinero, el que recogiera el art. 1153 del Código de Napoleón (conf Domat, "Lois civiles", libro III, tít. V, t.II, p. 95; Pothier, R. "Obligaciones", núm. 169 y 170; Demolombe, t.XXIV, n° 618; Laurent t.XVI, n° 307; Planiol, M. "Tratado Elemental", t.II, n° 266, p. 96; RIPERT Y Boulanger, t.IV, n° 851; Colin et Capitant, t.II, p. 27).

Tal como se recordara en el voto de la minoría del plenario "Vázquez Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otro", Colmo puso de relieve que los doctrinarios franceses entendieron que era lógico, para la definición de los intereses moratorios, que se tengan en cuenta los intereses que el banco cobra y no los que el banco paga, porque aquella es la tasa que deberá conferirse al acreedor por no tener su dinero a tiempo y haber tenido que recurrir al crédito para sustituir al capital impago (conf Colmo, "Obligaciones", n° 431, con citas de Planiol, Ripert y Esmein, t. VII, n° 878; Busso, Código Civil anotado", t. IV, p. 292, n° 23 y sus citas).

A pesar de que, como dije en la ampliación de fundamentos de sendos plenarios anteriores, nuestro código no haya incorporado un texto tan definido como el del ordenamiento francés, la doctrina nacional se enroló en la referida tendencia, en cuanto postuló a los intereses como límite del resarcimiento a cargo del deudor moroso, pero sin que quedaran definidos en el art. 622, cuya omisión fue suplida durante más de un siglo, mediante la aplicación analógica del art. 565 del Código de Comercio, porque se entendía que tal estipulación era acorde al carácter resarcitorio que debía poseer los réditos a cargo del deudor moroso, quien debía indemnizar a su acreedor del perjuicio sufrido por la sustitución de la fungible prestación insoluta.

Dicha doctrina, representada por la opinión de Machado ("Exposición y comentario del Código Civil" t. II, p. 198), Colmo (op. cit., n° 430, p.306), Bibiloni ("Anteproyecto", t.II, p.106/112 ed. Abeledo), Salvat-Galli (Obligaciones en general", t. I, ps. 432/433), Lafaille (Obligaciones, t. II, n° 1060, p. 164), Borda ("Tratado de Derecho Civil

Argentino. Obligaciones", t. 1, p. 326, n° 462), Salas (Código Civil anotado", t. 1, p. 322, n° 5 y jurisprudencia cit.), Llambías ("Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. 2-A. p. 214 y "Código Civil anotado", t. 2, vol. A, p. 371), Belluscio-Ameal (Código Civil...", t. 3, p. 124 y 125), Alterini - Ameal - López Cabana ("Obligaciones", t. II, n° 1107, p. 124), sentó como fundamento de la aplicación de la tasa activa, la necesidad de proporcionar al acreedor un rédito que enjuge el daño que le produciría obtener la sustitución del capital debido, lo cual implicó tomar una clara posición respecto del contenido resarcitorio que corresponde a la naturaleza de la obligación considerada.

Al respecto no puede considerarse que el presunto hecho de que el acreedor debió recurrir a la fuente financiera para recomponer el déficit generado por el incumplimiento de su deudor dinerario, exceda la extensión del resarcimiento prevista en los arts. 520, 521 y 901 del Código Civil, desde que esa regulación alcanza "a los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero", tal como denomina el Título III del Libro II, Sección I, donde metodológicamente se hallan emplazadas tales normas. El resarcimiento que específicamente consagra el art. 622, al acordar los intereses moratorios, debe referirse a la posibilidad de que el acreedor sustituya el dinero debido, cuyo costo financiero (la tasa activa), constituirá entonces el verdadero menoscabo derivado de la mora meramente culpable. Si el objetivo reside en que el acreedor no sufra lesión patrimonial por el incumplimiento de la fungible prestación dineraria, debe resarcírsele con la tasa que le hubiese permitido el goce del capital impago y no con los frutos de la inversión del dinero que se ha visto privado, porque ello se corresponde con la naturaleza del interés compensatorio y no es ajustado con el resarcimiento que se intenta enjugar mediante los réditos moratorios, que son el exclusivomotivo de este plenario (conf. Lalou, H. "Tratado de la Responsabilité Civile", p. 128, París 1949; De Cupis, A. "Il danno", p. 186; Orgaz, A. "El daño resarcible", n° 44, p. 169 b; Ennecerus, vol. I°, párr. 13, ap. III; Colmo, A. op. cit., n° 431).

En definitiva, me he visto en la necesidad de repetir sucintamente algunos de los conceptos explicitados en los fundamentos que ensayara en los dos anteriores plenarios dictados sobre esta misma materia, para poner de relieve que la interpretación del alcance de la responsabilidad civil generada por el incumplimiento de la obligación dineraria, conduce, más allá de los vaivenes económicos, a la aplicación de la tasa activa, la cual se encontrará correctamente representada por la tasa nominal anual vencida del Banco Nación para préstamos a treinta días, que postula la mayoría, desde que dicha tasa se compece con la definida por el art. 565 del Código de Comercio, que es la ley supletoria en la materia y constituye un importante disuasivo para que los deudores no prolonguen de manera injustificada el cumplimiento de las condenas.

Es evidente, entonces, que esa tasa debe computarse desde el comienzo de la mora, salvo las hipótesis en que la determinación del crédito indemnizatorio que conforma el capital debido, se formule al momento de la sentencia o se exprese pericialmente durante el curso del proceso, porque en tales circunstancias, la aplicación de la tasa activa desde el origen de la obligación o de su mora (que resultan coincidentes en las obligaciones de fuente aquiliana), consagraría un enriquecimiento indebido, desde que la judicial definición contemplaría los valores vigentes a esos momentos y ello entonces implicaría que el cálculo de la tasa activa - que ordinariamente es una tasa positiva, porque supera la incidencia inflacionaria- enjugaría doblemente un mismo perjuicio. Si en tales casos el daño resarcible debe ser valorado al tiempo de la sentencia o momento

más próximo de esa época que sea posible (conf Llabrás, J.J., op cit, t. I, n° 251, p. 278), parece evidente que, al sumársele a esa valuación la aplicación retroactiva de una tasa bancaria, se produciría una enorme distorsión del contenido de la condena, de cuyos injustas derivaciones el juez no puede prescindir, bajo el riesgo de dictar una sentencia arbitraria (conf. C.S.N. Fallos 326:259;319:351; 327:508, etc.).

Por tal motivo la Sala que integro ha mantenido el inveterado criterio de aplicar una tasa pura o reducida, para el caso de obligaciones dinerarias cuya cuantía fuera fijada a los valores vigentes a la sentencia o algún momento posterior a la configuración de la mora y respecto del período anterior a su definición actualizada, toda vez que los réditos bancarios, particularmente las tasas que cobran los bancos, al tener previsiones inflacionarias, producirían una significativa alteración económica de la condena, que superaría en mucho el propósito de colocar al acreedor en la situación patrimonial que hubiese tenido si la obligación se hubiere satisfecho en el momento debido.

Por estas breves razones, brindo mi voto afirmativo a los interrogantes de esta convocatoria plenaria.

Fdo. Hugo Molteni

Fundamentos del Dr. Fernando M. Racimo:

Voto porque se modifique el criterio adoptado en los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios" del 2/08/1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 S.A.C.I. interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/03/2004.

Sostengo que la interpretación del art. 622 del Código Civil lleva -en principio- a la aplicación de la tasa activa como método analógico ante la inexistencia de una tasa de capital corriente en los mutuos civiles. Se trata de una línea de base de la consideración de los casos que se encuentran sometidos a nuestra competencia civil que resulta tanto más aplicable al conjunto de situaciones en los cuales se debe ponderar la situación de la víctima de un hecho ilícito el cual ha sufrido directamente una suerte de expropiación de su propiedad o de su capacidad productiva. Si la base resulta aplicable para el mutuante civil tanto más lo será para la víctima de un accidente de tránsito que demanda en justicia la reparación integral de los daños. Además de este fundamento jurídico, creo conveniente modificar el status quo actual porque su permanencia -bajo una aparente neutralidad- importa mantener un régimen de distribución de cargas económicas que perjudica a la víctima y favorece al deudor moroso (Sunstein, *The Partial Constitution*, 3ª. ed. Cambridge Mass, 1997, págs. 3 a 7). El criterio hermenéutico debe surgir esencialmente de la interpretación del art. 622 y la consideración de los perjuicios e intereses que debe pagar el deudor moroso en relación con las circunstancias económicas del mercado serán eventualmente consideradas -como cálculo prudencial- para satisfacer las necesidades de la víctima (Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 327:3753).

Fdo. Fernando M. Racimo Fundamentos del Dr. Víctor F. Liberman:

El largo tiempo de vigencia del plenario "Vázquez" confirmó, o más bien mostró hasta el absurdo, cuál era el sentido de limitar la tasa de interés moratorio hasta una medida

incompatible con el derecho de propiedad garantizado por la Constitución Nacional. Tasa que, lejos de "mantener incólume el contenido de la sentencia", significó una enorme e inicua licuación de deudas (ya lo veía Chiaromonte en 1992, E.D. 148-397). De allí a un franco convite al incumplimiento, e incentivo a la parte deudora para no colaborar en la solución de los conflictos a través de medios alternativos prejudiciales. En fin, es indudable que alentó la litigiosidad y propendió a la demora en la terminación de los pleitos.

Se preguntaba un colega en "Alaniz" acerca de la dudosa necesidad de fijar tasa de interés por medio de un plenario. Interrogante que también se hacían otros integrantes de la minoría al recordar la sabia reflexión del codificador en la nota al art. 622 del Código Civil.

Coincido con esas apreciaciones dado que, como entonces se dijera, la cuestión del interés moratorio no es un tema menor. La historia monetaria y financiera de este país exhibe particularidades y desajustes, con crisis recurrentes, que aconsejan resolver con criterios flexibles acordes al paso del tiempo y no mediante fórmulas rígidas sólo mutables a través de otra reunión plenaria.

Por esas y muchas otras razones que ha expuesto abundante doctrina, he dado mi voto para que se deje sin efecto la doctrina plenaria sentada en "Vázquez" y "Alaniz" y, en minoría, he estimado inconveniente establecer otra.

Fdo. Víctor F. Liberman A la primera cuestión por la minoría se pronuncian los Dres. Ricardo Li Rosi, Diego C. Sánchez y Juan C. Dupuis

Fundamentos de los Dres. Ricardo Li Rosi y Juan Carlos Dupuis

La modificación de la doctrina plenaria que establece la tasa de interés moratorio aplicable ante la ausencia de convención o leyes que así la determinen y la adopción de una nueva debe ser estudiada en profundidad. Es que el análisis de la temática involucrada en esta cuestión reviste una gran complejidad por los numerosos factores que inciden en ella.

Así, la conveniencia de optar por una tasa de interés determinada debe estar fundada en razones técnicas. Se debería entonces contar con información acerca de la evolución en el mercado de las tasas activas y pasivas pues la economía es un ámbito de alta sensibilidad en donde aquellas responden a diversos factores (liquidez, expectativas, cambios políticos, etc.).

En esta materia -como en otras- debe tenerse en cuenta la existencia de vasos comunicantes entre el derecho (desde el vértice de la regulación legal de los aspectos patrimoniales de la acción humana) y la economía (que queda gobernada por leyes no escritas) en una muestra de la inescindible interrelación que existe entre ambas ramas del saber y que se proyecta a cualquier decisión que se adopte al respecto (conf. Morello, Augusto; De la Colina, Pedro; "Los jueces y la tasa de interés"; LL-2004-D, 465) El desarrollo de las tasas -pasiva y activa- a lo largo del tiempo y el estudio de los rubros que influyen en cada una de ellas para su establecimiento muestran que el desfase y el cambio de las circunstancias económico-financieras sufridas por nuestro país, por sí solos, no autorizan a descalificar la aplicación de la tasa pasiva si no surgen

elementos que determinen que ésta no satisface la debida indemnización de los daños sufridos. Para ello se debería ponderar la evolución que experimentaron las tasas a la par de las alteraciones a las que se hizo referencia.

Otro aspecto que se debe considerar al fijar una tasa de interés es la variable de tiempo durante el cuál se va a aplicar, a través de verificar su incidencia en el monto global de la deuda con el objeto que recomponga el capital por el retardo en el cumplimiento.

En este sentido cabe observar que con la aplicación de la tasa no se debe generar un incremento indebido para el acreedor, ya que en muchas circunstancias su cómputo lo será respecto de valores actuales al momento de la condena. En este caso si fijamos una tasa que contemple la desvalorización monetaria se estaría duplicando ese capital de condena.

En el fuero comercial -aun cuando se aplica la tasa activa conforme doctrina del plenario "S.A. La Razón" del 27/10/94- se ha resuelto que cuando se trata de sumas fijadas a valores actuales es impertinente aplicar la mencionada tasa sin limitación alguna pues, de hacerlo así, se estaría compensando doblemente la desvalorización del signo monetario. Como es sabido esa tasa está integrada, en términos generales, por un porcentaje destinado a compensar la depreciación de la moneda y por otro que remunera al banco por el uso del dinero, ello sin perjuicio de dejar sentado que tal reparo pierde justificación en el período que va desde la fijación del quantum de la indemnización - fecha de la sentencia de primera instancia hasta el efectivo pago- (conf. CNCom., Sala D, in re "Cappi, Marcela Elena c/ Banco de la Pcia. de Buenos Aires s/ ordinario" del 12/12/07; CNCom., Sala E, in re "Roviralta, Huberto c/ Viale Medios S.A. s/ ordinario" del 3/3/08; CNCom, Sala E, in re "Correa, Pablo Javier c/ Renault Argentina S.A. s/ ordinario" del 22/5/08).

En cuanto a que la demora de un proceso judicial y el aumento de la litigiosidad estarían directamente ligados a la tasa de interés que se fije en los procesos judiciales debe destacarse que responden a distintas causas, algunas de ellas dependerán del órgano judicial y otras de las partes. De tal modo, la incidencia de la tasa de interés moratorio no es determinante ni en la prolongación de los juicios ni para que éstos se resuelvan en una etapa prejudicial o de mediación. El fracaso de estas soluciones alternativas muchas veces se debe a que en las demandas existe un alto grado de pluspetición que es condicionante de la negativa de los deudores a allanarse a las pretensiones.

Desde que entró en vigencia la ley de mediación obligatoria 24.573 la disminución del índice de litigiosidad surge de las estadísticas consultadas (Centro de Informática Judicial de la CNCiv (1996-2008), [www.fundacionlibra.org.ar](http://www.fundacionlibra.org.ar) (consulta 26/02/09), [www.mediadoresdelcentro.com.ar](http://www.mediadoresdelcentro.com.ar) (art. publicado en Clarín el 27/07/06 - consulta 26/02/09).

Esta merma en la cantidad de juicios a consecuencia de la implementación de la mediación prejudicial obligatoria nos indica la incidencia favorable de este mecanismo sobre la conflictiva que se ventila ante los tribunales civiles. Ello así, aun durante la vigencia de la tasa pasiva pautaada como obligatoria, circunstancia que también pone de relieve que la tasa de interés no es el único factor que favorece la litigiosidad.

Por estas consideraciones nos inclinamos por responder en forma negativa al primer interrogante de esta convocatoria.

Fdo. Ricardo Li Rosi, Juan Carlos Dupuis.

Fundamentos del Dr. Diego C. Sánchez

La verdad es independiente de los votos que consigue.

Con frecuencia nace con uno solo, porque no siempre es inteligible a la primera vista.

El epígrafe es el del doctor Vernengo Prack al votar en "Glusberg" (fallo plenario de esta Cámara del 10-09-82, ED 101-181, JA 1982-IV-443, LL 1982-D-525); manifestaciones en los Acuerdos de los pasados días 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008 -también algunas anteriores- me lo hicieron recordar; también al voto de la mayoría en el plenario "Vázquez" que refirió "expresiones de dudoso buen gusto expuestas verbalmente en ocasión del acuerdo previsto por el Art. 297 del Cód. Procesal".

A pesar que pregonaba Eduardo J. Couture en sus Mandamientos del Abogado (6): Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

En los Acuerdos claramente se dijo, y podemos leer -por ejemplo, entre muchas otras, y no tan claramente- en su desgrabación, al colega Álvarez Juliá -en legítimo uso de la palabra- suplicar: "Yo sería partidario desde el momento de la mora hasta la sentencia aplicar ese 6% aunque parezca que es poco ... (murmullo) ... Dr. Giardulli! Dr. Ameal! Por favor! (Acá no se entiende bien)".

I - 1) Daré mi respuesta a la cuestión planteada anticipando que, por las razones que expondré, no corresponde dejar sin efecto la doctrina fijada en los plenarios "Vázquez" y "Alaniz".

Coincido con la mayoría en el plenario "Vázquez" que -inmediatamente antes y después del transcrito párrafo- afirmó: "Es posible suponer que por su generalidad, la ley positiva, a pesar de la claridad de su formulación, deje de obligar en algún caso particular, pero debe tenerse en cuenta que solo excepcionalmente ello debe ocurrir, pues de lo contrario se corre el riesgo de subvertir todo el ordenamiento jurídico con imprevisibles consecuencias.

No se trata de discurrir en este pronunciamiento las razones que justifican el acaecimiento de tales situaciones, sino que a los fines de la convocatoria basta acreditar la eficacia normativa del Art. 10 del decreto 941/91, en tanto refiere la aplicación de tasa promedio pasiva que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina, pues dicha previsión otorga cabal respuesta a la cuestión planteada. (...) El desarrollo de este pronunciamiento habrá de contener razones estrictamente jurídicas que permitan sustentar una respuesta afirmativa al tema de la convocatoria (...) es conveniente señalar que si se prescinde de la normativa vigente antes referida, en orden a la búsqueda de una solución que se considera más justa, la cuestión se introduce en un sinfín de argumentos respecto de una compleja realidad económica, absolutamente contingente y variable, imposibles de precisar para dar adecuado sustento a una decisión

plenaria. El sube y baja permanente de las tasas de interés y los factores que influyen, como así aspectos de alta matemática financiera con sus pormenores de costos, riesgos y valores determinantes de una cierta tasa, constituyen circunstancias tan alejadas del quehacer judicial, que sólo por azar habría de obtenerse una respuesta que pueda considerarse no sólo "más justa" del caso sino también comprensiva de todos los elementos que deben ser considerados".

En "Alaniz" la mayoría concluyó, y lo comparto: "A los fundamentos expuestos, que llevan a esta mayoría a mantener a partir del 6/1/02 la doctrina fijada en el plenario "Vázquez, Claudia A. c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios", cabe agregar que el marco normativo que motivó dicha decisión - art. 8 del decreto 529/91 y art 10 del decreto 941/91- no fue derogado ni objeto de reforma por la ley 25561 ni demás legislación concordante y relativa a la emergencia económica a pesar de los cambios operados en el país en este aspecto".

Desde entonces tampoco se produjeron cambios en la legislación, de orden público además. He sostenido que la anomia, el no cumplir las leyes, es la causa de muchos de los males que padecemos (v.gr. mis votos del 11-06-07, in re "Bianco Bueno, Velmar c/ Parra, Jorge Blas" y del 27-05-08, in re "Sylveyra Jorge Omar c/ Transporte Automotor Plaza S.A.", éste en suplemento de Derecho Procesal de eldial.com -del 23-06-08- y en suplemento de Derecho de Seguros de El Derecho -del 31-12-08-, fallo 31, anotado por Carlos Schwarzberg, "La responsabilidad en dos accidentes de tránsito y temas conexos. Oponibilidad de la franquicia").

Al juez corresponde juzgar -salvo excepciones y considero que no estamos ante ellas- según las leyes y no a las leyes (Iudicare non de legibus sed secundum leges). Con citas de Duncan Kennedy y Roberto Unger, se refiere Julio César Rivera ("Ejercicio del control de la tasa de interés", sup. esp. La Ley, Intereses, Buenos Aires, 2004, p. 114) a la búsqueda de argumentos apropiados para "la sentencia a la que quiero llegar". Y concluye, en la misma página, que hay resultados a los que no se puede llegar si se utilizan argumentos jurídicos correctos.

Los cambios que sí se produjeron en las condiciones son -en general- a favor y no en contra de los fundamentos de este voto (por ej.: actual crisis económica y financiera global, sin precedentes -los más destacados especialistas incluyen la crisis de 1929/30-, y reducción - fuera de la República Argentina- de las tasas de interés a casi cero; índices de precios y tasas de interés, aquí en la actualidad, que infra considero). Recordemos que no puede arribarse a soluciones jurídicas correctas sin un conocimiento profundo de la realidad y de la actividad sobre la que incidirán las soluciones, en sus aspectos económicos y técnicos (Vivante, César, "Tratado de Derecho Mercantil", prefacio, Madrid, 1932, citado por Juan Carlos Felix Morandi en su primer voto plenario, CNCom., 29-11-78, in re "Mussa de Gómez de la Vega, María H. c/ La Defensa Cía. de Seguros", ED 81-273, JA 1979-I-341; LL 1978-D-757).I - 1 - 1) Sin embargo algunos colegas que en los plenarios "Vazquez" y "Alaniz" integraron sus mayorías, ahora votaron por dejarlos sin efecto, inclinándose por la tasa activa.

El fundamento del cambio radica -dicen- en que la tasa pasiva, entonces considerada positiva, ha dejado de serlo. Es cierto que después de "Alaniz", en algunos lapsos, la tasa pasiva ha sido inferior al índice de precios al consumidor; pero esta modificación no incide en la solución pues la que hoy adoptemos rige para el futuro (ver infra IV - 1),

porque la tasa pasiva -en todo caso- fue superior -generalmente- a la considerada pura del 6% anual y en el presente también lo es, como es superior al índice de precios al consumidor. Quiero creer que en el futuro -aunque es difícil sostenerlo, y por eso también resulta desaconsejable tratar ahora la cuestión (ver infra II)- las muy elevadas tasas internas de Argentina de hoy bajarán (quizás debiera admitir aquí mi relectura reciente de "Utopía"; el estar "sintiendo" a Santo Tomás Moro enseñándome que, aunque no esté en ninguna parte, es el ideal).

Si así no fuere, si la tasa se mantuviere decididamente negativa, se convocará a nuevo acuerdo plenario; o podrán admitirse los pedidos de declaración de inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, y normas concordantes.

Es que cuando -fuera de la Argentina- las tasas de interés están hoy cercanas al 0% anual, en este plenario se adopta una tasa activa superior al 18% anual; en un momento en que se informa por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC, aún observado éste por la crítica) un incremento del nivel general del índice de precios al consumidor con relación al pasado año 2008 del 6,8%, mientras que -entonces- la tasa pasiva de los plenarios que se pretenden revisar fue superior al 8%.

Si en el último mes de febrero la tasa activa ha sido del 1,55%, el incremento del índice de precios al consumidor del 0,4% y la tasa pasiva mayor en más de un 50% a este porcentual, debemos concluir que hoy -en la realidad destacada por Vivante- las conclusiones establecidas por las doctrinas que se proponen revisar siguen siendo válidas, como vigente la ley que debemos aplicar.

I - 2) Tales normas vigentes, la actualidad y esta convocatoria, desaconsejan -aquí y ahora- regresar a la Era Precristiana (prohibición de la usura), a Aristóteles y Santo Tomás de Aquino (es injusto cobrar interés, y aunque podamos coincidir con Rodolfo Luis Vigo "Crisis financiera internacional: Aristóteles tenía razón", LL 2008-F-1391), o a los Papas León Magno (440), Gregorio IX (1234), Clemente V y el Concilio de Viena (1311), Sixto V (1586, es prohibido cobrar interés); o referirnos a las modificaciones posteriores hasta la autorización para cobrar intereses moderados (Benedicto XIV y la Bula Vix pervenit -1745-, y canon 1543).

Tampoco debemos ahora avanzar en conceptos como el de Silvio Gesell, que desde 1890 ("El orden económico natural", entre otros) sostenía que quien posea excedente de dinero deberá pagar pequeña tasa. Sus conceptos entusiasmaron nada menos que a Albert Einstein y a John Maynard Keynes (Kennedy, Margrit, "Dinero sin inflación ni tasas de interés", ed. Nuevo Extremo, Buenos Aires, 1998, p. 51).

Keynes ("Teoría general de la ocupación el interés y el dinero", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 292) se refiere a Gesell como el "raro e indebidamente olvidado profeta, cuyo trabajo contiene destellos de profunda perspicacia y estuvo al borde captar la esencia del asunto" y agrega: "Gesell fue un afortunado comerciante alemán de Buenos Aires, que se vio inducido al estudio de los problemas monetarios con motivo de la crisis de fines de los ochenta, que adquirió caracteres especialmente violentos en Argentina; su primer trabajo Die Reformation im Munzwesen als Brücke zum sociale Staat, fue publicado en Buenos Aires en 1891".

Kennedy, por su parte, nos dice que "los sistemas monetarios actuales podrían calificarse de 'inconstitucionales' en la mayoría de los países democráticos", que "los intereses actúan como un cáncer sobre nuestra estructura social", y que "el pago continuado de intereses e intereses compuestos es imposible" (ob. cit., ps. 13, 16 y 18). Con cita de John L. King ("On the Brink of Great Depression 11<sup>o</sup>", Future Economic Trends, Goleta, CA, 1987, p. 36) sostiene: "De acuerdo a muchos especialistas en el campo de la economía y la banca, el derrumbe de la Bolsa ocurrido en 1987, en el que u\$s 1,5 billones se esfumaron en pocos días, no fue más que una leve sacudida comparada con el peligro inminente de una segunda Gran Depresión a nivel mundial, que probablemente sobrevendrá, a menos que se introduzcan cambios fundamentales en los próximos años. La reforma del sistema monetario ofrece una posibilidad de evitar los enormes costos humanos y materiales de tal desastre". Como lo hizo Keynes con Gesell ¿le llamaremos profeta? John Kenneth Galbraith ("La cultura de la satisfacción", ed. Emecé, Buenos Aires, 1992, por mi destacado el año) comienza su estudio (p. 13) sosteniendo: "Las lecciones de la historia no deben tomarse con ligereza ni sin cuestionamientos (...) El hundimiento del mercado de valores en octubre de 1929 desbarató las frágiles estructuras de la banca, la inversión y la economía en general de Estados Unidos y llevó a la larga, cruel y dolorosa experiencia de la Gran Depresión. En 1987, en ese mes de octubre tan fatídico para las finanzas, una quiebra similar de la Bolsa, no menos traumática, tuvo unos efectos económicos menos devastadores", y concluye (p. 190): "Nadie se alegraría más que yo de que hubiese una esperanza parecida a partir de lo que aquí se ofrece. No la hay, sin embargo, por desgracia.

Quizá pueda decirse como un leve servicio, no del todo intrascendente, que hemos tenido aquí la oportunidad de ver y en cierta pequeña medida entender el descontento y la discrepancia actuales y la probabilidad no inconcebible de una eventual sacudida para la satisfacción que es la causa".

Es cierto que hoy se ha producido la crisis económica y financiera global y, aún por otras razones, la Reserva Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, el Banco Central Europeo y los de Canadá, Inglaterra, Suecia, Suiza, como China -entre otros- han reducido drásticamente sus tasas de interés, llevándolas a cero, o casi cero. Sin embargo hemos aquí a los jueces de esta Cámara de Apelaciones en lo Civil debatiendo si las elevamos; y si elevamos tasas de nuestros Bancos, que no se caracterizan por ser razonables, incluidas las de los Bancos oficiales (ver Carranza Torres, Luis R., "La aplicación del interés en sede judicial", ED 218-125, quien nos recuerda que las tasas bancarias, incluyendo la tasa pasiva del BCRA, contienen rubros como renta pura y al mismo tiempo corrección de procesos inflacionarios; Echavarría, Ignacio H., "Tasa de interés retributiva y usura", quien precisa que la tasa activa incluye las tasas de riesgo y de previsión de la inflación, entre otros conceptos; Ferrer, Patricia, "Fijación judicial de los intereses moratorios. El anatocismo judicial", JA 2003-IV-46/52, colega que allí concluye: "Es que aun los bancos oficiales adoptan tasas de interés que resultan excesivas, y la remisión legal a dichas tasas hace que los pronunciamientos judiciales instauren la usura en sus condenas"; Steinfeld, Eduardo R., "La legitimidad jurídica y social de los niveles de las tasas de interés en economías con estabilidad monetaria", LL 1998-E-856, quien coincide con las normas legales aplicables, da algunas de las "razones" de los Bancos para elevar tasas de interés y precisiones sobre el delito de usura).

Roberto Vázquez Ferreyra concluye su capítulo "Los intereses en las condenas resarcitorias" (en "Daños y perjuicios por la mala praxis médica", Academia Judicial Internacional, Seguros I, Coordinador Juan Carlos G. Dupuis, Ed. La Ley, Buenos Aires, primera quincena de noviembre de 2008, pág. 210) llamando la atención sobre las tasas de interés aplicables (por ej. activa), y sobre el momento a partir del cual éstos deben ser computados (v.gr. desde la fecha del hecho), en aras de evitar resultados disvaliosos por irrazonables.

Recordamos ahora a Angel Osorio y Gallardo (Decálogo del Abogado, 8): Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.

Estimo que es razonabilidad lo que se espera de nosotros y por ello me parece oportuno tener presente que el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo Luis Lorenzetti, en la apertura de la Tercera Conferencia Nacional de Jueces (Córdoba, 18-09-08) nos hizo, con cita de Jorge Luis Borges, un llamado -precisamente- a la razonabilidad. Dice Borges ("Obra poética", Los conjurados, Ed. Emecé, Buenos Aires, 2007, pág. 642) que en el centro de Europa, en 1291, hombres de diversas estirpes y religiones están conspirando y han tomado la extraña resolución de ser razonables. Concluye que acaso ello no sea verdadero, agregando que ojalá sea profético. Ojalá lo sea.

I - 3) El Tribunal, al que el artículo 108 de la Constitución Nacional llama Corte Suprema de Justicia, ha decidido -por mayoría- en igual sentido que la doctrina plenaria que se pretende revisar que los intereses se deben calcular desde la fecha de los respectivos perjuicios, o desembolsos, hasta la del efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina (19-08-04 "Serenar SA c/Buenos Aires", 30-05-06 "Cohen, Eliazar c/Río Negro Provincia de", 06-03-07 "Bustos c/ La Pampa", 12-08-08 "Reynot Blanco c/ Santiago del Estero" y "Provincia de San Luis c/ Graciela Puw Producciones", entre otros); al contestar el interrogante III de la convocatoria, me extenderé y referiré a otros tribunales que la misma Constitución denomina inferiores.

I - 4) La mayoría insiste, sin intentar demostrarlo siquiera y a pesar de nuestros fundados argumentos en contrario, en el supuesto aumento de litigiosidad que provocaría el mantenimiento de la aplicación de la tasa pasiva. Pero sostiene la minoría, y así lo hice en el debate, que en este fuero civil, desde que entró en vigencia la ley de mediación obligatoria 24.573 (1995) -y siendo obligatoria ya entonces la aplicación de la tasa pasiva promedio del Banco Central (plenario "Vázquez" de 1993)- disminuyó el índice de litigiosidad, lo que se acredita con nuestras conocidas estadísticas.

La señora vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y ex juez de esta Cámara, doctora Elena Inés Highton de Nolasco ("El Sistema Judicial. El ámbito de la mediación. La gestión de la Justicia. El ejercicio de la abogacía. El rol de la Corte", La Ley Actualidad, 12-08-08) expresa que desde la incorporación de los medios alternativos de resolución de disputas en nuestro país la reducción de litigiosidad es palmaria; y agrega que la información estadística producida por el servicio informático de esta Cámara Civil acredita que un 65% de los conflictos devenidos en juicio quedó afuera del sistema.

Quien también fue juez de esta Cámara, la doctora Gladys Stella Alvarez ("La mediación y el acceso a justicia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 320) concluye: "112. En razón de los resultados estadísticos arrojados durante cuatro años de aplicación de la ley, entre los cuales figuran el descongestionamiento en el ingreso de causas, el acceso a justicia en reclamaciones menores y el acortamiento de la duración del proceso en causas que habían pasado por mediación, la Cámara de Apelaciones en lo Civil solicitó al Ministerio de Justicia que impulsara la prórroga de la ley" (en las citas me corresponden los destacados).

I - 4 - 1) Por el contrario, y sin afirmar que en el supuesto anterior -ni en el que ahora consideraré- la cuestión se vincule a una sola causa, diré que aquellos otros dos fueros nacionales que aplican el derecho privado y se distinguieron por sostener los mayores índices de actualización y tasas de interés, terminaron colapsados; así ocurrió con las Justicias Nacionales del Trabajo y en lo Comercial, que continúan aplicando la tasa activa según recuerda el voto mayoritario.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había dictado el fallo plenario N° 169 "Alegre, Cornelio c/ Manufactura Algodonera Argentina" (14-10-71, DT 1972-24, ED 40-175, JA 12-971-438, LL 144-380, cfr. Facal, Carlos J. M., "¿Quo Vadis LRT? Un repaso a los recientes proyectos de reforma de la LRT y una opinión personal"), que a este fin -aunque también lo creo comprendido en el precedente concepto de Rivera- me permitiré comparar con el que dictó esta Cámara Civil el 13-12-06 en "Obarrio y Gauna" (ED 220-345; JA 2007-I- 699, LL 2007-A-168 y RCyS 2007-I-47). Luego las leyes 22.311 (31-10-80) y 23.616 (10-11- 88) modificaron el artículo 276 de la ley de contrato de trabajo (LCT) 20.744, disponiendo la actualización de los créditos del trabajo, entre la mora y el pago, según el incremento del índice de precios al consumidor; por su parte la ley 23.643 (07-11-88) estableció para el cálculo de los créditos por accidentes del trabajo el valor monetario constante. Sobre aquellas sumas, así actualizadas, el Tribunal aplicaba, en razón de lo que consideraba plenario virtual y aunque algunos jueces dejaban a salvo su opinión personal, el 15% de interés anual (v.gr. CNTrab., Sala VII, 16-04-90, "Zalazar c/Química Estrella SA", LL 1990-E-16).

La ley 23.640 (07-11-88) debió crear cuarenta y cinco Juzgados Nacionales de Primera Instancia del Trabajo y distribuir las causas a sentencia que tenían -muy atrasadas- los cuarenta y cinco existentes; éstos remitieron cientos de expedientes para dictar sentencia en un fuero que tenía tan "atractiva" tasa e indexación para los demandantes; y con un procedimiento que pretendía favorecer la conciliación (arts. 42, 69 y conchs. de la ley 18.345).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial había decidido -por doctrinas plenarias- la aplicación de la tasa activa (27-10-94, "La Razón SA", ED 160-205, JA 1995-I- 477 y LL 1994-E-412), también capitalizable (02-10-91, "Uzal, S.A. c/ Moreno, Enrique", ED 144-141, JA 1991-IV-478 y LL 1991-E-404, dejada ésta sin efecto - después de decenas de sentencias revocadas por la Corte Suprema- el 25-08-03 por "Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ Revisión de Plenario", ED 204-138, JA 2003-IV-567 y LL 2003-E-783).

Días después de dictada esta sentencia el entonces Presidente de dicha Cámara, reconoció que "La situación actual por la que atraviesa el fuero Comercial se puede calificar de colapso" (ver Diariojudicial.com del 09-09-03).

La ley 26.266 (03-07-07) debió crear cinco nuevos Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Comercial, estando hoy en trámite el concurso para designar sus titulares, como igualmente los de la nueva Sala en la Cámara de Apelaciones del fuero, que también se debió crear.

Es así, a la luz de estos ejemplos, más probable -desconozco estadísticas, si las hay- que las tasas de interés altas, contribuyan al aumento de la litigiosidad más que las bajas; es que "la mejor inversión resultan los juicios", como bien se recordó la conocida expresión en los debates del artículo 297 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPC). Es porque los acreedores percibirán tasas que sólo los Bancos pueden pretender, pero sin los riesgos, gastos e inversiones de éstos; y lo harán en la República Argentina que tiene tasas muy superiores a las de la mayoría de los países del mundo.

Resulta incierta, lo reitero, la afirmación de la mayoría que sea la conducta de los deudores (aunque en algunos casos también lo sea) la que desaliente la conciliación prejudicial y provoque saturación de los recursos de la justicia, sobre lo que me extenderé infra.

Si aún con tasa pasiva vemos a diario expedientes que se inician al borde de la prescripción y se impulsan próximos a la perención, con mayor razón ello ocurrirá ante el incremento de la tasa de interés -que será además el incremento del desinterés en conciliar y la voluntad de prolongar el litigio-.

I - 5) Repite la mayoría que la tasa pasiva beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda, siéndole más conveniente colocar el capital en el mercado financiero para luego beneficiarse con la diferencia entre su renta y la que debe pagar.

Con respecto a la incierta dilación remito a lo expuesto en el apartado precedente; la aludida "diferencia" tampoco parece cierta pues la colocación -en todo caso- debe hacerse a tasa pasiva.

Pero, además del interés sobre el capital, el costo judicial para el deudor está representado por la tasa de justicia (3%), por los honorarios de los abogados de las partes (11% al 20% + 30/40% + 25/35%, cada una), los de los peritos (no menos de otro 3%, con sus gastos), el mediador, etc. -los porcentuales son referidos a las leyes en el orden nacional-.

Aun cuando limitemos el monto de las costas al 25% del de la condena o transacción, con más las instancias superiores -en su caso- y los honorarios de los propios letrados (art. 505, Cód. Civil), cuesta admitir que la mayoría considere, ante un incremento de más del 25%, que el "deudor judicial se beneficia".

Y esta dificultad en la admisión se transforma en imposibilidad si, por un lado, tenemos presente medidas cautelares y otros "riesgos" (v.gr.: caso "Nicosia", o fraudes que infra refiero) y, por el otro, en los deudores aseguradores -tan nombrados por la mayoría porque, además de tener que soportar el costo de todos los deudores, deben constituir reservas sobre los juicios pendientes -atendiendo a sus montos reclamados- (Alfano, Orlando Hugo, "El control de seguros y reaseguros", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000), reservas en los últimos tiempos sin rendimiento, o por debajo de la tasa pasiva, cuando lo hubo. También "padecen" medidas cautelares abusivas (v.gr.: sentencias de la Sala D,

que integro, del 20-12-05 in re "Caja de Seguros S.A. c/Guerra Héctor" y del 17-10-00 in re "Freda Matías Gastón c/Amoroso Alejandro", y las allí citadas, entre otras).

Todo esto no significa que, a pesar del alto costo, haya algunos deudores que "prefieran" el litigio (convicción en el resultado de la prueba, o en la interpretación de las normas aplicables -piénsese en las aseguradoras del transporte público que deben, en sus litigios en este fuero, llegar hasta el Alto Tribunal para que se reconozca la "oponibilidad" de una norma legal -Resolución 25.429 de la SSN-, de la franquicia -cf. mi voto en el citado caso "Marchese"; Ibarlucía, Emilio A., "Fallos plenarios y doctrina de la Corte Suprema", LL 2009-A-654, entre otros-; o "necesidades" financieras, por ejemplo).

Por cierto que lo dicho no debe entenderse como discusión del legítimo derecho de los profesionales tanto a la cantidad, como a la calidad, de la remuneración de sus servicios; así me he pronunciado por: a) regular "mínimos" y no "ínfimos" arancelarios (v.gr. mi sentencia en el Juzgado del fuero N° 90 del 14-07-97, in re "Danio de Andreadis, Irma Rosa c/Maldonado, Héctor y otro" -expte. N° 78.522/96-; cfr, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, año I, Número I, mayo 1997, pág. 11); b) incluir intereses en la base regulatoria y c) practicar regulaciones en porcentajes en la sentencia, sin diferirlas (por ej. mi voto del 17-03-09, in re "Coba Emilio Enrique y otro c/ López Fernando Pablo", donde remito a anteriores publicados en LL Buenos Aires 2005-1027, anotado por Carlos Ernesto Ure, "Regulación de honorarios en porcentajes", y LL 2005-D-14, anotado por Raúl A. Etcheverry, "Necesarias celeridad y economía procesales. Honorarios regulados al momento de sentenciar", como al criterio de la Sala D -de la que formo parte-, en su anterior integración, 18-10-05 in re "Fernandez Héctor Claudio y otros c/ Imagen Satelital S.A. s/ propiedad intelectual ley 11723 ordinario", expte. N° 128206/98).

Si la conducta procesal del deudor, de cualquier deudor, fuere maliciosa, tendiente a dilatar el cumplimiento de su obligación, el mismo artículo 622 del Código Civil nos faculta a imponer como sanción el pago de intereses hasta dos veces y media la tasa de los Bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios. Y el CPCC (ley 17.454, reformada por ley 25.488) nos lo impone como deber (arts. 34, incs. 5-d y 6, 45, 163, inc. 8 y 551); ver también los artículos 12 de la ley 24.573, 4° del decreto-ley 4777/63 y 275 de la LCT.

No es, pues, la alta tasa de interés -y especialmente establecida como doctrina plenaria- la que debe ser utilizada como prevención, o sanción, para algunos deudores de mala fe. El cumplimiento, o no, por nosotros los jueces de nuestros deberes y facultades (v.gr.: sentencias de la Sala D de esta Cámara: 04-12-08, "Schiavo, Alejandro y otros c/ Cohen, Liliana Laura Marcela y otros" -en ED del 06-04-09, con nota de Carlos Schwarzbarg, "La reparación en la mala praxis médica. Legitimación para reclamo de daño moral.

Fundamentación a contrario en base a argumentaciones de un letrado en trabajos doctrinarios. El art. 902 del cód. civil. El seguro de responsabilidad civil", en el dial.com, suplementos de Derecho Procesal del 23-02-09 y de Seguros del 26-02-09, y en Mercado Asegurador de febrero de 2009, n° 346); 24-02-09, "Bank Boston National Association c/ Quintano, Mónica Angélica s/recusación con causa"; 05-03-09, "González Becerra Jorge Luis c/ De Benedictis Piero y otros s/ simulación", en LL

2009-B, fallos 113.402 y 113.424, anotado éste por Mariano Gagliardo, "Donación disfrazada", entre otros) no es imputable a la ley vigente. Puede verse también el citado artículo 12 de la ley 24.573 y el caso anotado por Federico A. Vidal Raffo ("Mediación y Transacción", Academia Judicial Internacional, Seguros I, ob. cit., p. 171).

Lo expuesto es según mi interpretación de nuestra ley vigente. Quizás desde el punto de vista de la prevención, las víctimas, la seguridad vial, el contrato de seguros y su cumplimiento, sería deseable una reforma legislativa como la propuesta por Martín Zapiola Guerrico ("Acción directa del damnificado contra la aseguradora del responsable. Apuntes para una eventual reforma del artículo 118 de la Ley de Seguros", suplemento Derecho de Seguros de El Derecho del 07-11-01), o como la de la Ley Badinter del 5 de julio de 1985 y sus reformas (Ley Francesa de la circulación; cfr. nuestro trabajo en coautoría con Carlos G. Gregorio y Carlos A. Schiavo, "Valoración de daños personales y su relación con el seguro", Winterthur, Madrid, España, setiembre de 1997, tomo 1, pág. 225).

Además recuerdo que en España, la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 3/89 estableció que las indemnizaciones que deban satisfacer los aseguradores como consecuencia del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, devengarían un interés anual del veinte por ciento (destaco que como sanción, pero tasa muy parecida a la que fijamos en este plenario con carácter obligatorio para todos los casos, y aún inferior a la misma tasa hace algunos años), a favor del perjudicado desde la fecha del siniestro, si no fueren satisfechas, o consignadas judicialmente, dentro de los tres meses siguientes. Ella mereció distintas interpretaciones en jurisprudencia y doctrina; entre la última el estudio de Mariano Medina Crespo ("El recargo de intereses al asegurador en los juicios del automóvil", Lerko Print SA, Madrid, 1990) y su prólogo por Enrique Ruiz Vadillo, entonces presidente de la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo Español y luego juez del Tribunal Constitucional, en el que precisa, y lo comparto, que "En mis frecuentes contactos universitarios con el mundo del seguro no dejo de expresar mi confianza en un futuro cada vez más prometedor de esta Institución, que es, al mismo tiempo, un instrumento de justicia y de solidaridad, siempre que todos y especialmente los aseguradores pongan en el empeño toda la técnica, toda la profesionalidad y especialmente una inmensa carga de rectitud y de buena fe.

Ellos son los que con más ahínco han de luchar porque lo que es nota común a tantas y tantas Entidades no tengan jamás excepciones".

Por mis fundamentos en recientes votos (11-09-08, "Gómez Carmen Clementina c/ Monzon Diego y otros s/ daños y perjuicios", LL 2008-E-682 y [eldial.com](http://eldial.com), sup. Derecho Procesal del 22-09-08 y el citado "Schiavo c/ Cohen"), porque considero que las víctimas tienen derecho a una rápida y equitativa compensación, aunque no comparta la forma de lograrlo con mis colegas, porque creo que el sistema todo debiera ser óptimo, he librado oficios requiriendo la adopción, en el tiempo más breve posible, de las medidas necesarias para la sanción de una ley de seguro obligatorio de automotores (cf. Soto, Héctor M., "El seguro implementado por la Ley de Tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura", JA 2005-II-1230) -o el sistema que se decida para mejor resolver el problema- que otorgue adecuada solución al sistema de responsabilidad, su aseguramiento y la cuantificación del daño corporal; también de otra ley que pudiere

ampliar la legitimación otorgada por el artículo 1078 del Código Civil para el reclamo del daño moral.

I - 5 - 1) Se insistió por algunos jueces en los Acuerdos de los días 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008, en que eran las aseguradoras las principales responsables del referido aumento de litigiosidad y las beneficiadas por la doctrina plenaria que se pretende modificar, pues invierten -mal dijeron- a tasa activa. Sin embargo, además de lo expuesto, nuestra experiencia acredita que numerosas condenas a las aseguradoras (sin considerar las acciones totalmente rechazadas), tienen origen en demandas en las que los presupuestos de la responsabilidad son, por lo menos, dudosos; entre ellos destacamos el daño puesto que, aún siendo total o parcialmente cierto, los montos pedidos como indemnización suelen resultar irrazonables, exagerados (aunque -en algunos supuestos- es comprensible ante la anarquía -que refiero- a la hora de cuantificarlo judicialmente).

Entre las inversiones admitidas por la ley 20.091 y su reglamentación, las únicas que podrían acercarse a la tasa activa serían los préstamos, prendarios o hipotecarios; ellos son a largo plazo y ajenos a la necesidad de liquidez, para el pago de transacciones o condenas; recuérdese que las "Normas sobre Política y Procedimientos de Inversiones" deben tener en cuenta la necesidad de mantener un grado de liquidez que permita hacer frente a los compromisos de cada operatoria; por tal liquidez las inversiones en plazo fijo se realizan por períodos cortos, lo que supone aún tasas menores y en todos los casos -naturalmente- los Bancos pagan tasa pasiva. Es así incierta la afirmación mayoritaria que les resulte conveniente dilatar los juicios, significando hacer un mejor negocio con la morosidad, o que inviertan a tasa activa; y además de la considerable incidencia de las costas -antes precisadas-, y los otros riesgos, para todos los deudores.

Las aseguradoras tienen la obligación, aún impuesta por necesidades de financiamiento de los gobiernos, de invertir parte considerable de sus reservas en títulos públicos. Y así recordamos, en los últimos años, el default, los canjes, el bajo o nulo rendimiento con la caída mundial de Bolsas y Mercados, etc. (v.gr.: la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones informó que en el periodo anual finalizado en julio de 2008 -es decir, aun antes de la crisis global y sus efectos, pues en el 15-09-08 podemos fechar la quiebra de Lehman Brothers y la compra de Merrill Lynch por el Bank of América, en EE.UU. el valor de los ahorros tuvo una caída del 1,87%).

Si imponemos a las obligaciones de las aseguradoras la tasa activa, habrá que hacerlo también con sus inversiones que las respaldan, como nos lo enseñó -en relación aquí con la indexación- pero también lo hizo magistralmente con tantos otros conceptos, por ello nuestro agradecimiento- Luis Martínez ("Inflación y Seguro", Ed. Cumbre, Buenos Aires, 1976, p. 30). O habrá que incrementar las primas para respetar su equivalencia con los riesgos.

En los debates del artículo 297 del CPCC se desconoció -por algunos- lo expuesto. Si entendemos el patrimonio como un conjunto universal de bienes, mi diccionario de antónimos no da aseguradora -allí, en patrimonio- como conjunto universal de males, aunque así parecen creerlo algunos colegas. Podemos, o no, compartir los conceptos de Isaac Halperín (su disertación en la XII Conferencia Hemisférica de Seguros celebrada en Viña del Mar, Chile, el 19-11-969, "El juez y la aplicación del contrato de seguro",

Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1970, pág. 1, sus otras obras y sus votos como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial), pero no podemos pensar en todas las aseguradoras como un conjunto universal de males, o hacerles cubrir a los contratos de seguro riesgos que no cubren, o negarles a las aseguradoras en los procesos en que intervienen derechos que otras partes tienen, etc. (aunque alguna entidad merezca el concepto, o algún contrato -o intervención- merezcan la interpretación, jamás el conjunto, insistiendo en las compartidas y sentidas palabras de Ruiz Vadillo y de otros autores citados; ver también Barbato, Nicolas Hector, "Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro", ED 136-547, "Naturaleza y extensión de las defensas articulables por la aseguradora citada en garantía", ED 174-330; Pantanali, Norberto J., "El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador. Su interpretación en la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires", LL 1996-E-789; Toribio, Eduardo Alberto, "Interpretación del contrato de seguro", Academia Judicial Internacional, Seguros I, ob. cit., p. 136; Traverso, Amadeo E., "El derecho de seguros, el derecho de daños y los derechos del consumidor. Un sofisma "seguro", a propósito del dogma "consumista", entre otros).

Pero que el conjunto de aseguradoras sí merecen el peyorativo concepto fue la convicción de algunos de los jueces de este Tribunal en los debates de octubre y noviembre, también antes y después; y a pesar que, con anterioridad al inicio del debate (el 11-09-08), el entonces señor Superintendente de Seguros de la Nación, acompañado por los gerentes técnicos del organismo, informó en esta Cámara sobre: a) la aplicación de las normas y reglamentaciones vigentes (como las referentes a control sobre capitales mínimos, o las Resoluciones N° 31.134/5, 32.201) dictadas en mérito a lo dispuesto por los artículos 33, 35, 43 y concordantes de la ley 20.091, y las reservas técnicas y legales; b) sobre las reservas de siniestros pendientes, denunciados y en juicio, y el IBNR -del inglés incurred but not reported, siniestros ocurridos no reportados-; c) también lo hizo con las reservas matemáticas y las relacionadas con los reaseguradores a los que -en general- se les debe pagar en moneda dura; d) se nos expresó que las reservas se calculan sobre la base de tasa pasiva y también, sobre esa base, se han cotizado y cobrado las primas -reitero, principio de equivalencia primariesgo-; e) sobre las inversiones y sus rendimientos (muy bajos, o negativos, los últimos en los pasados ejercicios, según dije).

Se nos ilustró igualmente acerca de la existencia de fraude (agrego por mi cuenta, en una incidencia del orden del 30% -ver el trabajo de los funcionarios de la misma Superintendencia Cora P. Smolianski y Rodolfo Ferraro, "El fraude en la actividad aseguradora", ponencia en el Congreso Nacional de Productores Asesores de Seguros, Mar del Plata 2006, y las causas allí citadas-). Por cierto que la jurisprudencia no ha sido ajena al tema (CNCom., Sala B, 11-09-02, "Argiro Rosario Ernesto c/ Sud América Cía. de Seguros S.A.", LL 2003-B-937 y ED 201-448, aquí con nota de Dante Cracogna "La buena fe en el contrato de seguro y la dificultad de la prueba del dolo", quien concluye que el fallo comentado suscita diversas reflexiones acerca del contrato de seguro y su realidad en la hora actual, en la que menudean comportamientos antisociales escudados detrás de la crítica situación económica. A ello debe agregarse, dice, la común e ingenua creencia -a la que suelen no ser ajenos algunos tribunales- de que el seguro puede hacerse cargo de cualquier indemnización; ver también 03-12-08, CNCasación Penal, Sala I, causa N° 9435, "Vecchi, Amado Alejandro s/recurso de revisión", entre otros).

Desde ya que la conducta fraudulenta no es patrimonio nacional exclusivo, sino que se trata de algo, lamentablemente, global (López Saavedra, Domingo M., "Seguros y reaseguros: su actual crisis mundial y sus efectos en el país, especialmente para los seguros de responsabilidad civil", LL 2002-F-1250); consultar igualmente <http://www.nicb.org>, <http://www.oag.state.ny.us/>, <http://www.fldfs.com/fraud/>, <http://www.insurancefraud.org/>, entre muchos otros). La estafa que en estos días se investiga y atribuye a Bernard Madoff, supera los sesenta mil millones de dólares, con víctimas en casi todo el mundo.

Finalmente se informó, el 11 de setiembre de 2008, sobre los "bolseros" (al dictar sentencia el 10-12-02 in re "Farias c/ Diodati", siendo quien aquí vota integrante de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Matanza, libramos oficio al señor Fiscal General del Departamento, quien formuló denuncia con intervención del Juzgado de Garantías nº 1, el que se declaró incompetente porque en Lomas de Zamora tramitaba una causa en la que se investigaba, entre otros, el delito de asociación ilícita -expedientes cargo de los jueces Hugo Van Schilt y Silvia González-; también tengo noticias de la causa Nº 33.634 iniciada por el señor Fiscal de Cámara de San Isidro -Tribunal de Transición Penal Nº 3 de San Isidro- con abogados, policías y gestores procesados, como en la anterior).

Lamentablemente la decisión del entonces señor presidente de este Tribunal nos impidió aprovechar la ocasión para interrogar al señor Superintendente y a sus técnicos (he planteado algunas de mis inquietudes, en relación con los temas del informe y además de lo dicho, con anterioridad: "El juez y la aplicación del contrato de seguro. En la República Argentina, en 2006", Rev. Jurisprudencia Argentina, Ed. LexisNexis, 2006-IV, número especial "Seguros"; "Franquicias y descubiertos obligatorios en el contrato de seguro", en Academia Judicial Internacional, Seguros I, op. cit., págs. 95/116, y, en coautoría con Ricardo E. Cantilo, "El "run-off" y el "cut-off" ante el mercado reasegurador argentino", en Cuestiones Complejas de Derecho Mercantil Moderno", t. I, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008; a ellos me remito).

Conocemos antecedentes sobre la importancia de la acción de la Autoridad de Control al respecto, que sirvieron como fundamentos de decisiones relevantes: "A - 3º (...) A título informativo se hace mención a la circular 1395 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de fecha 1 de noviembre de 1977 en virtud de la cual se ha dispuesto que "con referencia a la determinación del importe de la 'reserva siniestros pendientes', a figurar en el balance (...) " deberá considerarse la incidencia de la indexación en los importes demandados, en todos los casos en que se haya promovido juicio a la entidad aseguradora, haya habido o no sentencia.

"Y agrega dicha circular que: 'A tales efectos se aplicarán, los coeficientes de actualización contable previstos en la Ley 19.742, y comunicados por esta repartición, correspondientes a la fecha de iniciación de la demanda contra la entidad'.

"Sin que la autoridad de control lo manifieste de manera expresa en esa norma, está contenida implícitamente su preocupación, respecto a la incidencia que el asunto que es materia de estudio en este plenario va a tener en la economía de las entidades" (CNCom., en pleno, 29-11-78, "Mussa c/ La Defensa Cía. de Seguros" del voto del Dr. Morandi, antes citado y cuyo destacado me pertenece).

Al rendir homenaje al autor del citado voto, que es casi un tratado sobre el contrato y las entidades de seguros, quien aquí expresa el suyo (en "La Constitución y el contrato de seguro", en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad N° 28, Ed. Mundo del Seguro, Buenos Aires, 1997, págs. 15/40) recordó decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("La Concordia", Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, 1995A-412) que resolvió que el sistema de control que el Estado ha confiado a la Superintendencia de Seguros de la Nación -entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Economía- tiene por objeto primordial la salvaguardia de la fe pública, disponiendo la ley 20.091 normas que muestran la preocupación del legislador por preservar un manejo comercial eficiente de las empresas encargadas de administrar una fuerte masa de capital, en cuyo desempeño regular existe un interés social comprometido.

No se han tenido presente, ni en aquella decisión presidencial del Tribunal, ni aquí en los debates y votos de este plenario, tales normas y conceptos, ni muchos otros relacionados.

Por ejemplo, en la entrevista al entonces señor diputado nacional doctor Raúl Baglini (La Ley, Actualidad, 31-07-01), se le preguntó: "¿cuál es el motivo que generó la necesidad de modificar la ley de seguros?", contestando el legislador: "el contrato de seguro es una institución fundamental en la evolución de una economía moderna (...) la voz ""seguro"" es de las más difundidas en los repertorios jurisprudenciales, es de las que más pronunciamientos contiene sobre una diversidad de cuestiones fundamentales...".

La pregunta estaba vinculada al proyecto de modificación de la ley 17.418 presentado por él, y otros legisladores, a la H. Cámara de Diputados de la Nación en cuyos fundamentos pueden leerse tales conceptos, procurándose con la reforma el perfeccionamiento de las instituciones regulatorias del contrato de seguro, instituto fundamental en la evolución de una economía moderna, economía que no puede desentenderse de la cobertura del riesgo (ver Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 1101 y 1140).

Es que, en el mundo, las aseguradoras han creado necesarias coberturas que amparan riesgos y dan respuestas a siniestros que suceden, siendo inconcebibles el desarrollo y la misma actual forma de vida sin ellas; sin referirnos a la importancia de la actividad para otras instituciones como el ahorro y las inversiones. Y todo sin perjuicio, por un lado, de sancionar cuando corresponda la inconducta en que incurrieren, como dije; por el otro de admitir la razonable rentabilidad del seguro privado (ver Bulló, Emilio H., "El derecho de seguros y de otros negocios vinculados", ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, t. 1, p. 79).

Resultan casi incomprensibles algunas actitudes actuales si recordamos que, ya el 15 de junio de 1796, el joven abogado de 24 años (recién llegado de Europa donde obtuvo su título) y Secretario de Redacción del flamante Real Consulado de Buenos Aires, Manuel José Joaquín del Corazón de Jesús Belgrano, leyó el programa que se le había pedido para provocar el desarrollo de la actividad económica del virreinato, propiciando la creación de una compañía de seguros. O quizás podamos comprender, recordando una vez más a Morandi: "Es importante destacar aquí la ligereza y la falta de dedicación con que el seguro se estudia en la mayoría de nuestras facultades, a diferencia de lo que

ocurre en numerosos países de Europa y en Estados Unidos" ("Estudios de derecho de seguros", ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 2).

En los acuerdos del artículo 297 del CPCC se habló en esta Cámara de víctimas de las aseguradoras, como si fueren éstas quienes las ocasionan, quienes -por ejemplo- conducen o son propietarias de los rodados que producen los mal llamados "accidentes de tránsito" (ver mi citado voto del 27-05-08 en "Sylveyra c/ Transporte Automotor Plaza S.A."); es que si accidente es el acontecimiento inesperado, repentino e involuntario (Tanghe, Carlos Alberto, "Glosario de términos de seguros", en Academia Judicial Internacional, Seguros I, ob. cit., p. 227), por cierto las decenas de miles de colisiones anuales entre vehículos en nuestro país, o de éstos con peatones, no lo son. La única relación de las aseguradoras con los siniestros está dada por los contratos de seguros.

Por lo expuesto reitero que voto por la negativa y termino con estos conceptos, expresados en los fundamentos de reciente sentencia, con destacado de mi autoría (también y con aplausos en el comentario de Guillermo Lascano Quintana, "Un fallo ejemplar", revista Estrategas de setiembre de 2008): "No se me escapa la difícil situación de la demandada: en el accidente perdió a su hijo y ahora debe afrontar la reparación de los daños requerida por una de las personas transportadas, pero lamentablemente, estos efectos sólo pueden ser paliados por la propia víctima reclamante y sus abogados y no por el sistema judicial, que debe aplicar la ley, por lo que no puede condenar a quien no es deudor, aunque se trate de una compañía aseguradora" (SCJMza., Sala I, 27-12-07, "Díaz, Pedro Salvador c/ Oliva", del voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci).

Fdo. Diego C. Sánchez

\* \* \* \* \*

A la segunda cuestión por la mayoría se pronuncian los Dres. Hugo Molteni, Mauricio L. Mizrahi, Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Miguel A. Vilar, Fernando M. Racimo, Juan C. Dupuis, Mario P. Calatayud, José L. Galmarini, Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Beatriz A. Areán, Jorge A. Mayo, Jorge A. Giardulli, Claudio M. Kiper, Julio M. Ojea Quintana, Patricia E. Castro, Beatriz A. Verón, Oscar J. Ameal, Silvia A. Díaz, Lidia B. Hernández, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Mabel A. De los Santos, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar.

Fundamentos de los Dres. Gerónimo Sansó, Mauricio L. Mizrahi, Claudio Ramos Feijóo, Miguel A. Vilar, Mario P. Calatayud, Juan Carlos Dupuis, José L. Galmarini, Fernando Posse Saguier, Eduardo A. Zannoni, Beatriz A. Areán, Jorge A. Mayo, Claudio M. Kiper, Jorge A. Giardulli, Julio M. Ojea Quintana, Patricia E. Castro, Beatriz A. Verón, Oscar J. Ameal, Lidia B. Hernández, Silvia A. Díaz, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Mabel De los Santos, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar.

Cuando la tasa de interés aplicable no está determinada por las partes o por disposición legal alguna la jurisprudencia cumple una tarea esclarecedora al establecer el porcentaje apropiado que debe alcanzar ante el retardo en el cumplimiento de la obligación debida.

La respuesta afirmativa al primer interrogante de esta convocatoria, por la cual se deja sin efecto la doctrina plenaria que definía la aplicación obligatoria de una tasa de interés para el fuero, nos lleva a seguir sosteniendo que es conveniente y razonable unificar las opiniones jurídicas de esta Cámara en la materia. De lo contrario, la cantidad y variedad de tasas de interés posibles y la amplia competencia del fuero civil en materias donde los jueces son los encargados de establecerlas les crearía a los justiciables un estado de enorme incertidumbre respecto de la tasa aplicable.

La elección del interés moratorio -para los casos en que no existe acuerdo de partes ni imposición legal- es particularmente trascendente en un gran número de procesos por su incidencia en el comportamiento de quienes litigan. Es un factor insoslayable para la conducta de los acreedores y deudores en cuestiones esenciales, tanto en lo que hace a los términos de un eventual acuerdo como a la prolongación del pleito.

El ser humano tiene necesidades, afanes y deseos sociales básicos y la seguridad es uno de ellos. Se trata de uno de los motivos radicales que lleva al hombre a producir Derecho positivo, gracias al cual pueda hasta algún punto estar cierto y garantizado respecto a la conducta de los otros y sepa a qué atenerse respecto de lo que uno pueda hacer en relación con ellos, y de lo que ellos puedan hacerle a uno. Por la apetencia de certeza, seguridad y garantía se desea que el derecho sea estable. (conf. Recasens Siches, Luis; "Introducción al estudio del Derecho"; México, Porrúa, 1985, 7a. ed., pág. 63).

Por eso, para brindar seguridad jurídica -estabilidad- el tribunal debe uniformar la interpretación de la ley a través del mecanismo que contempla la normativa procesal.

Mediante tal procedimiento se logra que las decisiones respecto de ciertos temas -como el que nos convoca- sean previsibles para la sociedad y los litigantes puedan anticipar la solución evitando mayores costos y dilaciones que conspiran contra la eficiencia del sistema de justicia.

Para quienes litigan es importante que sus conflictos se resuelvan con justicia, pero también es relevante la certeza respecto de los criterios jurídicos que van a aplicar los tribunales a los casos sometidos a su decisión. En la búsqueda de la verdad en materia jurídica se debe lograr un equilibrio entre los valores de seguridad y justicia.

De este modo, mediante la unificación de la jurisprudencia en temas que susciten diferentes interpretaciones el tribunal logrará dar respuesta con la prudencia de la que deben estar imbuidas todas las decisiones judiciales.

Es así que, dentro del conjunto de valores que se involucran en el problema del Derecho, la Jurisprudencia encuentra su concordancia dentro de la estimación del orden que presupone la estabilidad jurídica y su ruptura importaría una seria perturbación en la vida de la comunidad que no estaría compensada por la discutible incoercibilidad de la independencia volitiva de los jueces (conf. Díaz, Clemente; "Instituciones de Derecho Procesal - parte general - tomo I"; Buenos Aires, Abeledo Perrot; 1968, pág. 102).

En este contexto el plenario aparece como una necesaria unificación de criterios jurisprudenciales que hace a la previsibilidad de las decisiones en una materia - intereses- que es objeto de tratamiento judicial constante.

La seguridad jurídica lleva también en estos temas a dar preponderancia a una doctrina general que sea de público conocimiento, aun frente a la variedad de circunstancias que presenta cada caso.

No obstante la clara disposición potestativa que utiliza la norma del art. 302 del CPCC, es función irrenunciable del Tribunal de Alzada uniformar su jurisprudencia contradictoria para asegurar la obtención de los valores mencionados. La reunión oficiosa en tribunal plenario constituye un verdadero deber de las Cámaras (cuando se reúnen las condiciones previstas por el legislador) y no una mera facultad de ellas, estimando que constituye un verdadero poder-deber (conf. Di Dorio, Alfredo J. "Temas de Derecho Procesal"; Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 155 y ss.; Goggi, Carlos y Luján de Pildaín, Adriana; En Highton- Arean, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los Códigos Provinciales - Análisis doctrinal y jurisprudencial"; Tomo V; Buenos Aires; Hammurabi, 2006, pág. 561).

Aún cuando cierto sector doctrinario entiende que mediante la unificación jurisprudencial se cristaliza el derecho y se presta para que la jurisprudencia se detenga perdiendo la elasticidad y vivacidad que deben ser su natural característica, esto es sólo una profecía que no tendrá valor científico hasta que la experiencia llegue a confirmarla (conf. Couture, Eduardo J.; "Estudios de Derecho Procesal Civil - tomo I, La Constitución y el proceso civil"; 3ª ed.; Buenos Aires; Lexis Nexis - Depalma; 2003; pág. 75). De todos modos, si se produjera un estancamiento disfuncional del derecho - tal como se mencionó- es el propio sistema el que brinda el remedio al permitir su modificación a iniciativa del tribunal.

Finalmente, la convocatoria actual para una nueva decisión en materia de intereses es una muestra evidente del dinamismo del sistema que -ante el cambio de las circunstancias que motivaron el dictado de la doctrina obligatoria fijada en los anteriores plenarios- se avoca a un nuevo estudio de la cuestión.

La respuesta, entonces, al interrogante efectuado es por la afirmativa.

Fdo. Gerónimo Sansó (con ampliación de fundamentos), Mauricio L. Mizrahi (con ampliación de fundamentos), Claudio Ramos Feijóo (con ampliación de fundamentos), Miguel A. Vilar (con ampliación de fundamentos), Mario P. Calatayud, Juan Carlos Dupuis, José L. Galmarini, Fernando Posse Saguier, Eduardo A. Zannoni (con ampliación de fundamentos), Beatriz A. Areán, Jorge A. Mayo, Claudio M. Kiper, Jorge A. Giardulli, Julio M. Ojea Quintana, Patricia E. Castro, Beatriz A. Verón (con ampliación de fundamentos), Oscar J. Ameal (con ampliación de fundamentos), Lidia B. Hernández (con ampliación de fundamentos), Silvia A. Díaz (con ampliación de fundamentos), O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Mabel De los Santos, Carlos R. Ponce, Elisa M. Diaz de Vivar.

Fundamentos del Dr. Hugo Molteni

Los fundamentos a esta cuestión fueron expresados al responder el punto primero de esta convocatoria.

Fdo. Hugo Molteni

Fundamentos del Dr. Fernando M. Racimo:

La redacción del art. 622 del Código Civil que autoriza a los jueces a determinar la tasa de interés como indemnización por el incumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero parece conferir un poder de evaluación pretoriana según el cual existe un amplio grado de discreción a la hora de imponer la tasa correspondiente.

Entiendo que este criterio no se compadece con el sistema de tarifación propio de esta clase de obligaciones. La tarifación no es un reemplazo evaluativo del régimen común del cálculo de la indemnización que se utiliza en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero. No se equipara análogamente al régimen del art. 519 del Código Civil. La característica propia de las obligaciones de dar sumas de dinero impone un método distinto para indemnizar estas deudas en razón de los usos indefinidos de la moneda. La determinación del juez implica la selección de una tasa corriente -esto es, existente y no hipotética- que cumpla la función indemnizatoria exigida por la nota al art. 622 y que sea retributiva en la indemnización compensatoria en el incumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero. No es una evaluación sino una selección de las tasas corrientes que exige determinar cuál es la aplicable en las obligaciones civiles. La omisión de Vélez en fijar el interés legal (conf. nota al art. 622) y la delegación de esta facultad al poder judicial no supone la creación de un sistema según el cual cada juez puede determinar la tasa del interés moratorio de acuerdo con una evaluación individual de cada deuda y de cada acreedor. Lo que quiso el Codificador fue precisamente lo contrario, esto es, imponer un interés legal y en defecto de ello que se elija un interés moratorio por los jueces que suponga la selección del interés conveniente en razón del tiempo y del lugar. Se buscaba reemplazar un régimen de interés legal o edictal uniforme por un régimen de interés judicial uniforme que atendiera las variaciones del precio del uso del dinero.

El interés legal uniforme fue una de las condiciones básicas del sistema previsto por el art. 1153 del Código Civil Francés que es la fuente de nuestra norma. La aparente derogación de este interés legal mediante la determinación judicial de la tasa respectiva debe ser examinada a la luz de los antecedentes históricos para entender la razón por la cual debe existir una tasa de interés moratoria única.

Los creadores del Código Civil Francés de 1804 optaron por dejar libre la tasa del interés convencional (art. 1907) habiéndose discutido en el Consejo de Estado precisamente este punto en relación con los intereses judiciales moratorios ya que -en la consideración de Tronchet- los tribunales no habrían de poder liquidarlos si la ley no les daba una regla al respecto (*Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal, Paris, 1867, t. II, pág. 622*). La solución consistió en deferir a las leyes especiales la fijación de la tasa correspondiente. La ley especial fue sancionada el 3 de septiembre de 1807 en la cual se dispuso que el interés convencional "no podrá exceder" en materia civil del 5 % (art. 1) y que "el interés legal será, en materia civil, del 5 %" (art. 2). La falta de fijación legal en el Código Civil tenía una justificación en los órdenes lógico y jurídico. Ellos surgen de la exposición de motivos del orador del gobierno Joubert al proponer la sanción de la ley de 1807. Se dijo entonces que "este Código, que sólo debe contener leyes eternas no podía sin más fijar la tasa del interés, que es variable por su naturaleza, y le bastaba dejarla al dominio de la ley. Llegó el tiempo en que se trata de examinar si esta fijación es necesaria" (ver Merlin, *Répertoire universel et raisonné de*

jurisprudencia, 4ª ed., París, 1813, t. 6, artículo Intérêt, punto VI, pág. 467). No era un mero artilugio retórico sino una concepción difundida en la época que tuvo y todavía tiene trascendencia en el método de establecer el interés legal en países de similar tradición jurídica como Italia y España (Diez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 4ª. ed. Madrid, 1993, vol, I, n° 33, pág. 285) y que repercutió sobre la redacción del art. 622. La cuestión de la fijación (fixation) por el gobierno del interés legal del Derecho Civil como distinto del interés corriente en el Derecho Comercial había sido, además, uno de los puntos destacados por Portalis en su Discurso Preliminar al Código Civil Francés (Buenos Aires, 2004, con estudio preliminar de Jorge H. Alterini, págs. 92 a 96) como esencial al "comercio ordinario de la vida civil". Este reputado jurista señaló también en otra oportunidad que "en ciertos aspectos, los jueces están asociados al espíritu de la legislación; pero no pueden compartir el poder legislativo. Entonces, en sus juicios no pueden permitirse disposición reglamentaria alguna" ("Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil", París, 1844 cit. en Paolo Prodi, Una historia de la justicia, Buenos Aires, 2008, pág. 391, nota 81). Siendo la tasa legal una reglamentación legal, no podían establecerla los jueces pero al mismo tiempo siendo una reglamentación era una regla demasiado indigna para ser incorporada a una constitución de los derechos civiles como era el Code Civil. La ausencia de límite al interés convencional durante el período de 1804-1807 no fue obstáculo para que perdurara el interés legal a la tasa del 5 % vigente con sustento en una ley del 11 de abril de 1793 que así lo había establecido (ver Troplong, Du Prêt, París, 1845, n° 349, pág. 253 y Demolombe, Cours de Code Napoleon, París 1868, t. XXIV n° 620, pág. 606) aunque se consideró necesaria la sanción de la ley de 1807 frente a los problemas que surgieron por la falta de límites al interés convencional.

El sistema positivista -en la perspectiva de Joubert y de sus contemporáneos- no podía admitir en su afán de perfección lógico-formal que un Código estableciera en sus leyes eternas lo que es variable por su naturaleza -el interés- aunque se entendió, por la misma concepción positivista, que el interés debía ser fijado por la ley. Los jueces sin esta ley no tenían una guía a partir del cual establecer la tasa de los intereses moratorios en las deudas de dinero. Este principio influyó parcialmente sobre Vélez que consideraba conveniente la idea de fijar una tasa legal y que simultáneamente -y en razón de la crisis doctrinal de este sistema en Francia ponderó la conveniencia de que los jueces determinaran cuál era la tasa aplicable en razón del tiempo y del lugar.

El paso siguiente de desarticulación de esta tensión interna puede advertirse en el art. 1654 del Proyecto de Código Civil para España con su comentario de García Goyena en Concordancias del Código Civil Español (Madrid, 1852, t. IV, págs. 80 y 81) que era considerado relevante a la época de la sanción de nuestro Código Civil (ver Varela, Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino, Buenos Aires, 1875, t. IX, pág. 355). Se establecía allí un método legislativo reglamentario en cuanto autorizaba al "gobierno" a variar la tasa a principios de cada año en un modelo que ha sido allí mantenido en reglas generales. La crisis del sistema francés relativo a la forma de establecimiento del interés legal -y no a su unicidad- se podía advertir también en los dichos de Pont y García Goyena similares a las consideraciones formuladas por Vélez en su nota al art. 622 y que muy probablemente son los "escritores de crédito" a los que se refiere en el artículo anterior (ver Pont, Explication, t. 8, Des petits contrats, París, 1867, t. I, n° 262, pág. 120 y el citado García Goyena) textos que fueron parte de la bibliografía consultada según lo expuesto por el ex integrante de esta Cámara Dr. Roberto E. Greco en Código Civil de la República Argentina, LexisNexis, 2004 y

también Catálogo de la Biblioteca del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, Córdoba, 1940, págs.135 y 174). El Codificador se encontraba así en una línea de sombra y ubicado entre las reglas propias de un derecho civil prerrevolucionario (ver las precisas consideraciones al respecto de Barbero en Intereses monetarios, Buenos Aires, 2000, págs.24/27 y también Jean-Louis Souriou, "Les exemples de Pothier" en Revue Trimestrelle de Droit Civil, 2006, n° 3, pág. 493 y 498) y un capitalismo financiero en crecimiento que independizaba el precio del uso del dinero de las pautas propias del mundo feudal basado en las rentas inmobiliarias.

Nuestro Código Civil es, a la vez, receptor de estas influencias y original en su remisión a la facultad de los jueces para determinar la tasa de interés moratorio. Sin embargo, esto no debe hacer creer que se volvió a un régimen similar al prescripto por la Ordenanza de Orleáns que consideraba la calidad de los acreedores en estos cálculos (conf Larombière, *Théorie et Pratique des Obligations*, París, 1885, t. 2, com. art. 1153, pag. 55) revocado por el edicto de febrero de 1770 que uniformizó posteriormente el interés para todo tipo de deudas y de acreedores. Tampoco se trata -al menos en una lectura literal- de un sistema similar al que se advierte en el derecho italiano en la prueba del mayor daño en las deudas de dinero con sustento en la facultad concedida por el art. 1224, inc. 2° del Código Civil ha creado indirectamente un sistema personalizado de categorías de acreedores (Corte de Casación italiana del 5 de octubre de 2005, n° 19400 abandonado en la reunión plenaria en el fallo n° 19.499 del 16 de julio de 2008). Las tasas en el sistema prerrevolucionario eran estipuladas convencionalmente haciendo acepción de personas y de ello derivaba una subclasificación del interés moratorio personalizado. Ello ocurre actualmente en Francia donde se ha permitido legislativamente la imposición de un interés moratorio agravado que surge de decisión legislativa expresa (ver por ejemplo la duplicación del interés legal para los aseguradores esquivos en cumplir sus obligaciones en el Code des Assurances, artículos 211-13, 211-17 y 211-18 del 20 de marzo de 1988). Esta subjetivización de las tasas del art. 622 por vía judicial resulta inapropiada respecto del sistema de interés uniforme porque importa volver a considerar las posibilidades del uso indefinido del dinero para los acreedores o las consideraciones eventuales -y presuntas y sin prueba- de las posibilidades económicas de distintas categorías de deudores.

Tampoco es una vuelta al régimen romano en el cual las tasas por intereses compensatorios -a excepción de las correspondientes a la ejecución judicial- quedaban sujetas a la apreciación judicial o todavía más exactamente se derivan de la función del juez en las acciones de buena fe (*officio iudicis praestantur* conf. Maynz, *Curso de Derecho Romano*, Barcelona, 1887, t. II, n° 182 págs. 62 a 64; Fieffé-Lacroix, *La clef des lois romaines*, Metz, 1809, t. I, pág. 64 y Compagnucci de Caso, "Los intereses moratorios" en *Estudio sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad* 23928, Buenos Aires, 2002, pág. 72) lo que llevó a Justiniano a limitar la licitud de las tasas fijadas por los jueces con excusa en la vigente en cada región (Código, Libro IV, tit. XXXII, n° 26 en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, trad. García del Corral, Barcelona, 1892, t. I, pág. 487, ver también Código, Libro VII, tit. XLVII, ley 1 en la misma obra Barcelona, 1885, T. II, pág. 253 y también Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Turín, 1930, vol. II; n° 259 pág. 48 y nota 10).

El sistema de tasa de interés judicial de Vélez recibe la influencia de la tradición clásica francesa -concepto de interés legal uniforme, indignidad del código para establecerlo, con imputación de daño en las obligaciones de dar sumas de dinero y ajuste a forfait

independientemente del daño efectivamente producido- al mismo tiempo que percibe las dificultades de este modelo precisamente en el mismo momento de elaboración de nuestro Código Civil estableciendo en subsidio la determinación del interés por la vía judicial con motivo de la variabilidad en razón del tiempo y del lugar en consideración al interés de los capitales y a la variabilidad de los intereses en nuestra república.

El régimen del art. 622 correlacionado con su nota implica así la imposición de una tasa única para el curso de los intereses moratorios en sede civil con un ajuste que permite modificarla en razón del tiempo y del lugar mediante su remisión a los intereses convencionales corrientes (ver nota al art. 622). La determinación de la tasa por el juez sólo implica que los jueces seleccionan la tasa que en el momento y en el lugar permite resarcir adecuadamente "los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso" teniendo en cuenta dos aspectos. El primero de ellos consiste en la elaboración de un esquema argumental que permita volver a la teoría del Derecho Civil en este punto y dar justificación autónoma a un tipo de interés. Se requiere una especie de regla dispositiva que rija, como principio, en estos casos. El segundo aspecto a considerar se refiere a las circunstancias socioeconómicas a considerar en el momento. Se trata de dos principios ubicados jerárquicamente ya que corresponde determinar primero cuál es el que corresponde aplicar y luego en subsidio -y con sustento real- demostrar que resulta inaplicable -por exceso o por defecto- como resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de la obligación de dar sumas de dinero. Las circunstancias económicas son relevantes pero la imposición de las reglas en este punto debe partir de la base de un acreedor -en la mayoría de los casos una víctima- que sólo requiere que se le pague una indemnización por el incumplimiento del pago de una suma de dinero.

Es así que si se entiende que cada juez puede fijar libremente el interés o remitir a cualquier tipo de tasa, se reforma integralmente -por esa vía- el sistema tarifado alterándolo por el modelo del derecho común de las indemnizaciones según la cual deben calcularse la multiplicidad de posibilidades de uso de cada suma de dinero con que contaba el acreedor. De ello se sigue que la indemnización se basará -de adoptarse este criterio discrecional- en la inevitable segmentación de las diversas condiciones de hecho en que se encuentran las partes con el consecuente cálculo de los usos infinitos del dinero o incluso la ponderación aparentemente equitativa -aunque contraria al sistema- de los eventuales fondos con que pudieran contar los deudores. Por el contrario, la ley llena el vacío ante la falta de convenio de las partes mediante la figura del interés moratorio y esto porque el dinero tiene precio corriente -el corriente de la plaza- de modo que "no hay nada que estimar" (Bibiloni, Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino (Obligaciones), Buenos Aires, 1929, t. II, pág. 111). La regla de Vélez es sencilla. No consiste en un sistema de politasas según el cual la tasa judicial no sería más que un porcentaje que utiliza el juez para volver al sistema del derecho común o un sucedáneo encubierto de la evaluación -sin necesidad de prueba- del uso definido que se podría haber dado al dinero en cada causa o cómo podría haber afectado al acreedor. Tampoco es un régimen de monotasa según el cual -al modo del derecho francés clásico- la única tasa que rige en toda la nación es la que fija la ley respectiva en un punto y no en una línea variable en razón del tiempo. Es, según entiendo, un sistema de henotasa según el cual en el Derecho Civil debe existir una tasa que determinen o seleccionen los jueces por ser el precio corriente del dinero pero con la facultad de que estos porcentajes varíen en razón del lugar (jurisdicciones) y del tiempo (en cuanto deje de cumplir su función indemnizatoria).

Debe haber una tasa pero ésta no es la única porque resulta necesario tener en cuenta el tiempo y el lugar para que cumpla su real función indemnizatoria promedio. El precio del uso del dinero en la jurisdicción del juez es uno de manera que las partes en el "comercio ordinario de la vida civil" pueden conocer previamente -dentro de lo posible- las expectativas con las que se enfrentan en el caso de incumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero. La referencia a los diversos lugares no es más que una traslación de la situación existente en Francia en la cual se consideraba un interés distinto para la metrópoli y otro para las colonias donde no fue promulgada la ley de 1807 (Troplong, ob. cit., pag. 299, n° 355 y Pont, ob. cit. n° 263 pág. 121 y 280, pág. 131). Se evita así la sanción de leyes periódicas y particulares y se unifica, al mismo tiempo, la tasa en derecho civil. Se trata de determinación de reglas básicas para la previsibilidad de las relaciones civiles y de evitar la inseguridad en cuanto a la tasa aplicable (Atilio A. Alterini, "La Corte Suprema y la tasa de interés ¿De un quietus a un mobilis?", LL 1994-C, 801) al mismo tiempo que se atiende a la variabilidad de situaciones en las diversas provincias que se ve reflejada en la jurisprudencia de los tribunales locales.

Destaco, además, que se trata de reglarlos (les regler) como una especie de forfait (Pothier, "Obligations" en Oeuvres, París, M. Siffirin, 1821, t. 5, n° 170, pág. 192). Siempre habrá descontentos en este punto porque por razones de orden económico propiamente dicho - el comercio jurídico- y por motivos de análisis económico del derecho -el costo de cada juez de investigar los indefinidos o infinitos usos del dinero- la imposición habitual de una regla que escapa de la precisión propia de los estándares. El estándar judicial de apreciación resulta apropiado cuando existe una relación entre el incumplimiento y el daño pero en las obligaciones de dar sumas de dinero no se presenta esa situación ante la infinitud de usos eventuales de la moneda. No hay regla alguna de evaluación en cada caso de incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero como ocurre en el incumplimiento de un contrato de locación de obra, salvo la prueba del daño mayor lo cual es, en realidad, otra historia.

La regla se establece así como determinación de la existencia de un hecho -la mora para la aplicación del interés moratorio frente a un estándar -inaplicable a estos casos- en los que se requiere la comparación de la calidad o tendencia de lo que ocurrió en la instancia particular con lo que se cree ser la calidad o tendencia de situaciones en casos similares. En un caso basta la comprobación fáctica y jurídica del acontecimiento, en el otro es necesaria una aproximación cualitativa del juez (Hart y Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, New York, 1994, págs. 139 y 140) entrándose así en un contexto de especificación (Sunstein, *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass., 1999, pág. 41 y Sullivan, "The Justices of Rules and Standards" en *106 Harvard Law Review* 22 [1992]). En el primer supuesto existe un costo cual es -en este caso- la existencia de desajustes para algunos deudores y acreedores respecto de sus casos particulares que se compensa -por supuesto que teóricamente- con el beneficio que trae la regla en reducir el costo de la litigación y en reducir la incertidumbre legal (Posner, "Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession" en *86 Virginia Law Review* 535, [2000]).

El objetivo del art. 622 del Código Civil no es, pues, permitir un conjunto de decisiones judiciales según las cuales cada juez pueda determinar libremente cuál es el interés del capital en Derecho Civil teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Precisamente el régimen de indemnización tarifada en las obligaciones de dar sumas de dinero

impone un interés judicial uniforme que sólo exige que los jueces determinen cuál es el interés del capital apropiado que varía en razón del tiempo y de los pueblos. La variabilidad temporal y espacial del interés es lo decisivo y no la multiplicidad de los eventuales intereses. La multiplicidad de tasas de intereses judiciales en las obligaciones de dar sumas de dinero afecta la previsibilidad económica exigible en el Derecho Civil imponiendo una diversidad que conspira en contra del sistema uniforme y presunto en la tarifación del daño en las obligaciones de dar sumas de dinero.

Fdo. Fernando M. Racimo A la segunda cuestión por la minoría se pronuncian los Dres. Ricardo Li Rosi, Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Omar L. Díaz Solimine, Diego C. Sánchez, Carlos A. Bellucci, Carlos A. Carranza Casares, Graciela A. Varela, Marta del Rosario Mattera, Víctor F. Liberman y Marcela Pérez Pardo

Fundamentos de los Dres. Ricardo Li Rosi, Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Omar L. Díaz Solimine, Graciela A. Varela y Marta del Rosario Mattera

Hemos contestado por la negativa respecto a la segunda cuestión planteada, integrando así el voto de la minoría, convencidos que, si este Tribunal se reunía por tercera vez para decidir sobre la misma cuestión, ya que, en definitiva, lo es el tema de la tasa de interés a aplicar cuando las partes han omitido hacerlo o cuando su obligación deriva de fuente distinta del contrato, ello dejaba en evidencia que nos encontramos frente a una cuestión contingente y circunstancial que no puede resolverse fijando una doctrina obligatoria para todos los jueces que integramos el Fuero. No es sino, por otra parte, la directiva del codificador civil quien - apartándose de lo que él, junto con Acevedo, había legislado en el art. 713 para el Código Civil para el Estado de Buenos Aires que en el año 1862 fuera adoptado por la Nación y aplicable a la órbita comercial - expresó en la nota al art. 622 que se había abstenido de "proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan continuo en la República y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos...".

Se sumaban a ello, a la fecha de la convocatoria, las primeras pero más que significativas manifestaciones de la crisis económica internacional que tornaba aún más dudoso e inoportuno, en nuestra opinión, el establecer una tasa obligatoria, cuyo mantenimiento en el tiempo resultaría difícil de sostener cuando el país fuera alcanzado, en mayor o menor grado, por las consecuencias que aquella acarrearía a un mundo globalizado, con efectos expansivos mundiales de diversas intensidad pero en ningún caso de escasa entidad. Una directiva inflexible frente a una modificación permanente del valor y el interés del dinero se mostraba, a nuestro entender, por demás inconveniente.

Pretendía, además, poner el acento sobre una cuestión fácilmente verificable: ni la tasa que este plenario terminó estableciendo se limita sólo a los daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito ni los juicios guardan tal similitud que autorice, sin más, a aplicar, en todos los casos y durante todos los períodos, la tasa activa desde que la mora se produjo. En la materia adheriremos al voto de la mayoría con las distinciones que la misma contiene y aquí sólo mencionaremos que la libertad en la aplicación de la tasa que resultare más adecuada al caso bajo juzgamiento y que propiciamos, se encontraba inspirada, además, en el principio moralizador del proceso y en las indelegables facultades de los magistrados para apreciar los hechos y las conductas de modo de

realizar el valor justicia atendiendo a las particularidades de las causas y las posturas asumidas en el pleito por los litigantes.

En la siempre vigente lucha entre seguridad y justicia, optamos, en definitiva, por esta última, con la firme convicción que la prudencia de los magistrados impediría la sorpresa de los litigantes y lograría, gracias a la ponderación de las distintas variables, satisfacer, también, el valor seguridad. Es, en definitiva, el uso de la indelegable facultad que, sabiamente, nos confiriera Vélez Sarsfield, cuando en ausencia de interés legal, estableció que los "jueces determinarán el interés que debe abonar" el deudor moroso, conforme reza el recordado artículo 622 del ordenamiento civil. Enmendar el desequilibrio que el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación ha provocado es tarea que nos compete y obligación a la que no podemos renunciar.

Fdo. Ricardo Li Rosi, Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Omar L. Díaz Solimine, Graciela A. Varela, Marta del Rosario Mattera

Fundamentos del Dr. Carlos A. Bellucci respecto del interrogante propuesto como segundo tópico de este cónclave:

A fin de evitar ríos de tinta de suyo inútiles frente a la postura que logró mayoría en este punto, sólo me permito aquí traer a colación lo que, junto a mi ex colega dr. Montes de Oca, expusieramos en el voto que lamentablemente fue minoritario en el marco de debate y decisión que se dio en el pleno "in re" "Alaniz" (E.D. al to. 206-688/690).

Fdo. Carlos A. Bellucci

Fundamentos y ampliación de fundamentos de la Dra. Marcela Pérez Pardo

La variabilidad que caracteriza a las tasas de interés y su dependencia a distintas circunstancias (económicas, políticas, etc.) que influirán en su determinación tornan inapropiado en la actualidad su establecimiento mediante doctrina plenaria.

Pero, más allá de esa variabilidad, lo que debe observarse es cuál de ellas es la que mejor satisface el fin buscado al utilizarlas, ya que sólo son parámetros de cálculo para obtener el quantum de la obligación debida ante el retardo en el cumplimiento por parte del deudor.

Cuando la inflación se descontrola la determinación de tasas fijas puede acarrear serios inconvenientes, pues pueden tornarse negativas -en perjuicio del acreedor- o altamente positivas -situación en la que el deudor asumiría una prestación desproporcionada respecto de las variables económicas en juego-.

Como lo que se busca imponiendo una tasa de interés moratorio es mantener incólume el capital del acreedor por el retardo en el cumplimiento imputable al deudor, su importancia, cualquiera que se adopte -pasiva o activa-, radica en que no sea negativa. De ser ello así, su influencia en un lapso prolongado -como el de un juicio- terminaría licuando el capital de condena.

Una definición apriorística a través de una doctrina plenaria puede conducir a fijar una tasa que -aun cuando sea activa- en el largo plazo sea negativa y no mantenga

inalterable el monto que se otorgue. Frente a ese panorama, el juez debería resolver cuál es la tasa aplicable en cada caso con parámetros de equidad y realidad y con el límite de lo peticionado por el acreedor.

En este orden de ideas cabe tener en cuenta que la utilización de tasas variables, pasivas o activas, disminuyen los peligros de los vaivenes del mercado monetario -tasa positiva o negativa respecto de la inflación- y evitan su cristalización por su desactualización a poco de haber sido fijadas. Por el contrario, las tasas fijas en contextos económicos variables conllevan la necesidad de su constante revisión, en detrimento de la celeridad y economía procesal (conf. Márquez, José F. "Prohibición de indexar e intereses", JA 2002-IV-1099).

La situación actual que nos lleva una vez más a revisar la doctrina plenaria establecida por el fuero en materia de intereses nos revela la inconveniencia de unificar la tasa. Pues, conforme a nuestra normativa procesal, la modificación de una doctrina plenaria requiere del dictado de un nuevo fallo luego de un procedimiento con amplio debate y análisis (art. 294 y ss. del CPCC.). Los magistrados deben quedar, entonces, en libertad para estudiar y resolver en cada causa en las que intervengan cuál es la tasa a aplicar dando una respuesta apropiada a la justicia del caso concreto. Si bien los jueces no son economistas que puedan desentrañar y predecir las variables económicas que modifican las tasas de interés y su incidencia, son hombres de derecho y, como tales, no pueden vivir abstraídos de la realidad sin reparar en ella.

Por lo demás, si precisamente las tasas de interés son altamente variables y volátiles nadie mejor para fijarlas en cada caso que los jueces que se hallan más cerca de las circunstancias particulares de la causa y del momento económico en el que se inserta la solución jurisdiccional reclamada.

En este sentido se coincide en que se debe dejar librado el tema de los intereses al criterio y prudencia de cada tribunal, observando la propia plataforma fáctica de cada caso o su realidad económica, la que puede inclinar por la tasa activa o pasiva o incluso una combinación de tasas. Las diferencias de los supuestos de responsabilidad civil contractual o extracontractual puede ser también un motivo válido para la utilización de distintas tasas (conf. Vázquez Ferreira, Roberto A.; "¿Tasa activa o pasiva?"; La Ley Actualidad del 28/10/08).

Por otra parte, la justicia o injusticia de una tasa de interés determinada sólo podría ser apreciada al momento de practicarse la correspondiente liquidación, oportunidad en la que podrían sorprender los resultados de la aplicación de una tasa excesiva durante el lapso liquidado.

El dejar librado a la prudencia de los jueces la determinación de la tasa de interés moratorio no se contrapone al valor seguridad jurídica. Más allá de que pueda haber diferentes tasas judiciales que atiendan a la justicia del caso, los magistrados han de seguir determinadas pautas o criterios predecibles que no han de sorprender a los justiciables. Eventualmente las decisiones judiciales van a ir decantando algún criterio en esta materia sin que sea necesario uniformar mediante doctrina plenaria una temática como la expuesta.

Desde esta óptica se destacó la trascendencia de la labor jurisdiccional al señalarse que los jueces dicen el derecho y hacen justicia en el caso concreto. La función de juzgar impone la pacificación social y ello sólo puede ser desde la realización del aquí y ahora, de esta manera se obtiene un resultado. Cualquier solución que se adopte en materia de intereses moratorios es esencialmente aleatoria y modificable ya que responde a las fluctuantes condiciones de la economía de un país, de modo que en cualquier momento pueden obligar a revisar los criterios que hoy se establecen para adaptarlos a las nuevas realidades económicas.

Más debe atemorizar la inflexibilidad del juez frente a las cuestiones que se imponen por se, que cierta jurisprudencia que no tenga el marco sempiterno de ser secula seculorum. La realidad jurídica al tener un indiscutido componente numérico se impone que sea flexible. El derecho mientras resuelva en justicia, puede también ser dúctil" (Conf. Trib. Sup. de Justicia de la Pcia. de Córdoba, Sala Civil y Comercial, voto del Dr. Andruet , Armando Segundo (h), in re "Arraigada, Carla Mabel c/ Bandin, Daniel José y otros", 27/11/07; LL Córdoba-2008 - abril-, 281).

Además, es dable considerar que la seguridad jurídica está ligada al principio procesal de la congruencia y éste, a su vez, a las pretensiones de los litigantes -quienes en cada casoprecisan los términos de cada ítem resarcitorio con una pauta del interés que estiman adecuado. Son los propios justiciables al pedir una retribución de los daños los que guían a los magistrados en sus decisiones.

La afectación de la seguridad jurídica por la fijación de la tasa de interés en cada caso por parte de los magistrados también fue relativizada al indicarse que en materia contractual cuando las partes establecen una tasa determinada es común observar que los tribunales la reducen. Ello cuando es excesiva y en la medida en que lo consideren apropiado con una amplia variedad de tasas. A pesar de esos vaivenes no se ha cuestionado la potestad discrecional de cada magistrado para fijar en cada caso concreto la tasa de interés ni se ha generado caos alguno (conf. CNCiv. en pleno, "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04, ampliación de fundamentos del Dr. Claudio Kiper.).

Por estos razonamientos voto por la negativa respecto del segundo interrogante del plenario y adhiero como ampliación a los fundamentos de los Dres Ricardo Li Rosi, Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Omar L. Díaz Solimine, Graciela A. Varela y Marta del Rosario Mattera.

Fdo. Marcela Pérez Pardo

Fundamentos del Dr. Diego C. Sánchez

Sin desconocer las razones que, en la respuesta a este punto, fundan el voto de la mayoría y aún compartiendo algunas de ellas, he votado -debía hacerlo- a esta cuestión por la negativa, a pesar del voto anterior; coincido en esta segunda respuesta con los argumentos expresados por la minoría, al sostener que la variabilidad que caracteriza a las tasas de interés, y que depende de distintas circunstancias (económicas, políticas, etc.) que influirán en su determinación, tornan inapropiado establecerla -especialmente hoy- por doctrina plenaria.

De algún modo es el Tribunal todo el que también coincide pues, al responder el punto IV de este plenario, se afirma que los jueces, en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia al crear en sus sentencias la norma individual adecuada al caso concreto -justicia individual- deben realizar un juicio de valor -equidad- mediante la aplicación del conocimiento de la realidad social y de principios morales que tienen suficiente fuerza de convicción. Cada situación que se les presente para resolver debe serlo con un sentido flexible y humano (no rígido y formalista) a la que habrán de darle un tratamiento conforme a su naturaleza y circunstancias. Con este enfoque, los Tribunales no deben desentenderse de los resultados económicos de las sentencias que dictan cuando producen verdaderos desajustes con la realidad.

El señor Fiscal, en su dictamen, expresa conceptos semejantes al afirmar que, si bien en el supuesto de admitirse la tasa activa se vería beneficiado cierto número de acreedores, no puede descartarse que la consiguiente obligatoriedad para todos los jueces del fuero de una doctrina plenaria que establezca la aplicación de esta tasa redundará, como contrapartida, en soluciones perjudiciales para determinados deudores. Estima entonces que se puede arribar a soluciones más justas si cada juez cuenta con la posibilidad de aplicar una u otra tasa en función de las circunstancias particulares de cada caso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha coincidido en la relevancia de las normas legales aplicables a los hechos de la causa para fijar la tasa de interés (v.gr. 20-11-86, "Paoletti c/ Alfredo P. Lamas").

Coincido finalmente con Josué Fernández Escudero ("El plenario "Calle Guevara: Breves comentarios y reflexiones", Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, de octubre de 2003, sección Actualidad y Doctrina, ps. 49/51), que sostiene que en esta materia no deberían mediar pautas obligatorias que los jueces deban aplicar a rajatabla a los deudores en mora. Agrega que además del contexto económico vigente en un momento dado, que debe imperar en la solución judicial del caso para no herir el derecho de propiedad de las partes, lo que obviamente conlleva ínsita la adecuada restitución al acreedor de lo que le es debido preservando el valor patrimonial de su acreencia, y no más, particulares situaciones obligan a los jueces a apartarse de un parámetro judicialmente preestablecido y concluye "Períodos extensos, acreedores que no impulsan con agilidad las gestiones tendientes al cobro, litigios de larga duración, conducta procesal de las partes -sin alcanzar temeridad o malicia- que pueda incidir en la solución del caso, agravamiento del daño imputable al acreedor, y cuantos otros supuestos podamos imaginar, que siempre serán superados por la realidad, indican la conveniencia de conceder a los jueces esa amplia libertad de decisión a la que nos venimos refiriendo de modo de reparar los menoscabos en la hacienda de uno de los litigantes por causa del obrar de su contraparte, sin excesos tales que ese menoscabo se traslade de forma desmesurada de una parte a otra tornando la reparación en un enriquecimiento indebido".

En similar sentido se pronuncia, en relación con la actual crisis, Roberto Vázquez Ferreyra ("¿Tasa activa o pasiva?", La Ley Actualidad del 28-10-08).

II - 1) En la respuesta a este punto se afirma por la mayoría que para brindar seguridad jurídica -estabilidad- se debe uniformar la interpretación de la ley, logrando así el Tribunal que sus decisiones respecto de ciertos temas sean previsibles para la sociedad y

los litigantes puedan anticipar la solución evitando mayores costos y dilaciones que conspiran contra la eficiencia del sistema de justicia.

Son algunos de los conceptos que he dicho comparto; por ello he sostenido, por ejemplo, la pérdida de vigencia de la doctrina plenaria en el revocado "Obarrio y Gauna", o he coincidido con los colegas de la Sala E en su insubsistencia (v.gr.: mi voto -al que remito- del 04-12-08, en "Marchese, Marcelo Damián c/ Empresa Almirante Brown S.A.", en LL 2009-B fallo 113.401, anotado por Carlos Schwarzberg, "Los accidentes de tránsito, su indemnización y los seguros de responsabilidad civil", en [eldial.com](http://eldial.com), suplementos de Derecho Procesal del 23-02-09, y de Seguros del 26-02-09, y en Mercado Asegurador de marzo de 2009, n° 347).

Por otra parte la decisión plenaria se aplicará a obligaciones de dar sumas de dinero y a muchas otras; si fuere solo a las primeras hubiere coincidido con la mayoría en este punto, aún reconociendo que las hay diferentes.

Porque comparto estos conceptos insisto, casi a diario -en la cátedra, las reuniones académicas, las audiencias, los expedientes-, en mi preocupación por el problema de la cuantificación judicial de la indemnización por daños personales, su anarquía, que conspira contra los valores, que la mayoría dice aquí sostener (v.gr. mi voto del 12-02-09, in re "Rojas, Marcelo Gustavo c/ Transporte Larrazabal CISA Línea 161 Int. 1246 y otros"; mis trabajos: "El Derecho en el Desarrollo y Medio Ambiente en las Américas. Su ponderación desde la Integración Legislativa, con especial referencia al contrato de seguro", Boletín de Información Jurídica Iuris Gestion, tercer trimestre de 1993, Barcelona, España; "Valoración de daños personales y su relación con el seguro", ob. cit.; "Cuestiones de constitucionalidad con motivo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, LL 2000-A-340; Valoración de Daños Personales", en Nicolás H. Barbato, Coordinador, Derecho de Seguros, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 325). El problema no ha sido resuelto (ver Bulló, Emilio H., "El seguro y su contribución a la sistematización de la valoración de los daños corporales", en Derecho Empresario Actual, homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 219; Garrido Cordobera, Lidia M. R., "La cuantificación de daños. Un debate inconcluso", LL 2007-D-1204).

He reiterado, en votos y estudios citados, la valiosa publicidad de los precedentes judiciales (Highton, Elena, Alvarez, Gladys y Gregorio, Carlos, "Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004-3), la necesidad de consultar casos próximos para resolver, con los beneficios que trae (celeridad, certeza, equilibrio, previsión, proporcionalidad, seguridad y uniformidad, entre otros), con su consecuencia -además de tales beneficios- de hacer "menos incierta" la cuantificación del daño personal.

Fdo. Diego C. Sánchez

Fundamentos del Dr. Carlos A. Carranza Casares

Como suele ser recordado al abordar este tópico, el art. 622 del Código Civil establece textualmente que el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los

intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar.

Y en la nota al citado artículo el codificador expresó: "Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso".

Vale decir que en esta materia no cabe presumir una falta de previsión u omisión involuntaria -que de acuerdo con nuestra Corte Suprema "jamás se suponen en el legislador" (Fallos: 314:258; 315:727, 2668; 316:1115; 317:1820; 319:1131, 3241; 320:2701; 321:2021; 322:2189; 323:585)-, sino un deliberado propósito de que el interés sea establecido por los jueces de acuerdo a las circunstancias del caso.

No altera este aserto el entendimiento que el art. 622 del Código Civil, inserto en el capítulo de las obligaciones de dar sumas de dinero, no resultase aplicable a las que surgen de los daños generados en la órbita de la responsabilidad extracontractual, respecto de las cuales el legislador menos aún ha previsto una tasa a aplicar.

¿Está habilitado el tribunal para establecer, mediante una norma de carácter general o una interpretación obligatoria de la ley, una tasa de interés, cuando el legislador expresamente no quiso determinarla y ni siquiera se ha invocado exista una omisión que afecte derechos o garantías constitucionales? La intención legislativa de abstenerse de sancionar una norma general obligatoria en esta materia excede el propósito atribuido al codificador, ya que ha sido mantenida a lo largo de los años y es tal, que aún en el marco de legislación de emergencia económica, el decreto nacional 941/91 sólo atinó a sugerir ("podrá") una determinada tasa de interés.

En este sentido me parece importante observar que ni siquiera la mayoría del plenario "Alaniz Ramona Evelia c/ Transportes 123 SACI Interno 200 s/ daños y perjuicios" insistió ya con que el mencionado decreto era el fundamento que obligaba a aplicar la tasa pasiva frente a la falta de previsión de las partes.

En otro orden de ideas, la variabilidad de las tasas argüida por Vélez Sarsfield para omitir la determinación de una de alcance general, no constituye una circunstancia que, precisamente, haya desaparecido en el presente, cuya prueba elocuente es esta tercera convocatoria plenaria para abordar el tema.

La inestabilidad económica y financiera que ha sufrido el país en las últimas décadas, de las que da cuenta la fundamentación de nuestra legislación de emergencia, indica todo lo contrario. Y otro tanto cabe decir de la crisis financiera internacional existente al tiempo de votarse este plenario y su repercusión nacional.

Tampoco debería temerse que los jueces generen una atomización de las tasas, problemática para la adecuada previsión de los actores sociales involucrados ya que, frente a la inexistencia de convención o norma que las contemple, como regla, han acudido a la elección de la misma tasa para la generalidad de los supuestos y no una diferente para cada caso.

Por otra parte, ya en el plenario "Alaniz" el voto del Dr. Kiper ponía de relieve que el argumento de la seguridad jurídica era relativo. "En materia contractual, cuando las partes fijaron una tasa determinada, es común observar que los tribunales la reducen cuando es excesiva. Sin embargo, cada tribunal la reduce a lo que entiende apropiado, lo que varía entre tasas del 15% al 30% anual, esto es, una diferencia considerable. A pesar de estos vaivenes, nadie cuestionó la potestad discrecional de cada magistrado para considerar, en un caso concreto, la tasa de interés a aplicar. No hubo planteos sobre una supuesta inseguridad jurídica, ni se generó caos alguno". Es más, esta cámara invariablemente ha desestimado los recursos de inaplicabilidad de ley intentados para unificar criterios en este tópico.

Además, agregaba el mencionado voto con transcripción de quienes habían estudiado la cuestión en el ámbito penal, que existe una injustificada creencia de que con el dictado de un fallo plenario se acabaron los problemas de interpretación, pero "los plenarios suelen tener un lenguaje tan o más indeterminado que el de la ley misma, y sería un despropósito desconocer que son objeto también de interpretación, no sólo para desentrañar su sentido y alcance, sino para constatar su adecuación al caso bajo examen".

Fdo. Carlos A. Carranza Casares

Fundamentos del Dr. Víctor F. Liberman

Reiteradamente he dicho como juez que las tasas bancarias pasivas, en un verdadero contexto de estabilidad, no tienen como finalidad ni están presentadas al ahorrista o mutuuario para enjugar desfasajes inflacionarios ni "mantener incólume el contenido económico de la sentencia". Tienen otro origen, se generan con independencia de lo que los jueces deciden y tienen otra función. Las tasas de interés activas o pasivas son instrumentos financieros.

Fluctúan en base a política, y a políticas financieras y mercantiles bancarias no siempre ajustadas a la realidad inflacionaria (conf. Rougés, "Ley de convertibilidad e intereses", LL. 1995-C, 1317; Barbero, "El interés moratorio en las obligaciones civiles", L.L. 1996-C, 1165).

La condena al pago de intereses moratorios a tasas bancarias pretende, con buen criterio, compensar el daño causado por la privación del capital a través de una renta semejante a la que el acreedor habría debido pagar para hacerse de dinero equivalente durante el lapso de indisponibilidad. Es una aplicación del criterio de normalidad. Doctrina que, adoptada por los jueces con mayor o menor grado de realidad (tampoco las tasas activas de la banca oficial aseguran adecuada indemnización del daño moratorio), era uniforme hasta 1991.

La razonabilidad de los criterios judiciales en materia de tasas de interés entra en crisis cuando no es dado al magistrado aplicar la ley en forma flexible de modo de acercar la solución más justa al caso concreto. Tan inconveniente es establecer una determinada tasa de interés que ha obligado a considerar en este plenario una cuarta cuestión vinculada al modo de cómputo.

Por estos motivos, he votado en minoría por la negativa.

Fdo. Víctor F. Liberman

\* \* \* \* \*

A la tercera cuestión por la mayoría se pronuncian los Dres. Hugo Molteni, Ricardo Li Rosi, Mauricio L. Mizrahi, Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Luis Álvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Omar L. Díaz Solimine, Miguel A. Vilar, Fernando M. Racimo, Juan C. Dupuis, Mario P. Calatayud, José L. Galmarini, Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Carlos A. Bellucci, Beatriz A. Areán, Carlos A. Carranza Casares, Jorge A. Mayo, Jorge A. Giardulli, Claudio M. Kiper, Julio M. Ojea Quintana, Graciela A. Varela, Patricia E. Castro, Beatriz A. Verón, Marta del Rosario Mattered, Oscar J. Ameal, Silvia A. Díaz, Lidia B. Hernández, Víctor F. Liberman, Marcela Pérez Pardo, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Mabel A. De los Santos, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar.

Fundamentos de los Dres. Gerónimo Sansó, Mauricio L. Mizrahi, Claudio Ramos Feijóo, Omar L. Díaz Solimine, Miguel A. Vilar, Eduardo A. Zannoni, Carlos A. Bellucci, Jorge A. Mayo, Claudio M. Kiper, Jorge A. Giardulli, Marta del Rosario Mattered, Beatriz A. Verón, Oscar J. Ameal, Lidia B. Hernández, Silvia A. Díaz, Marcela Pérez Pardo, Víctor F. Liberman y O. Hilario Rebaudi Basavilbaso

La finalidad de la indemnización es volver las cosas al estado anterior al incumplimiento del deudor, de modo que el monto admitido por todo concepto implique la reparación integral de los daños. Este fin está presente cuando nos referimos a los intereses moratorios porque, ante el retardo en el cumplimiento de la obligación imputable al deudor, el acreedor damnificado experimenta un daño moratorio.

La demora en el cumplimiento genera, entonces, una pérdida adicional resarcible a título de interés que los jueces no pueden desconocer sin privar al damnificado del legítimo derecho a la reparación integral del perjuicio (conf. Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T I, pág. 192 y ss., T II, pág. 493 y ss. La Ley, 2008; TSCórdoba, 12/12/86, in re "Carle, Héctor M. c/ Superior Gobierno de la Pcia. s/ daños y perjuicios - Rec. Revisión", 68-S, Protocolo t. I, año 1986, folio 555).

Desde el punto de vista jurídico y, más allá de las variaciones que registren las tasas de interés por las fluctuaciones del costo del dinero, el resarcimiento debido al acreedor por el incumplimiento de la obligación debe estar representado por la tasa activa.

El derecho es el que debe aportar una visión superadora para abordar estas problemáticas y recomponer las prestaciones insatisfechas de las personas que reclaman ante los tribunales. La correcta valoración que exige la solidaridad social y la trascendencia ética de la persona imponen a los juzgadores que cuando aplican el Derecho Monetario sus decisiones guarden la necesaria equidad y no se pierdan en un excesivo economicismo. Más cuando se trata de prestaciones económicas que registran alta sensibilidad social como las alimentarias, las de daños a las personas, las laborales, etc. (conf. Terceras Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico -3 y 4/11/92- Lexis nro. 0003/011739).

Aunque el codificador no estableció una tasa en la norma del art. 622 del Código Civil que regula los intereses moratorios, tal omisión fue suplida durante más de un siglo por

la aplicación analógica del art. 565 del Código de Comercio. Se entendió que la estipulación era acorde al carácter resarcitorio que debían poseer los réditos a cargo del deudor moroso, quien debía indemnizar a su deudor del perjuicio sufrido por la sustitución de la fungible prestación insoluta. Debían tenerse en cuenta los intereses que los bancos "cobran" y no los que los bancos "pagan" porque aquella es la tasa a la que debería someterse el acreedor que al no tener su dinero a tiempo tendría que recurrir al crédito (conf. CNCiv. en pleno, in re "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04, ampliación de fundamentos del Dr. Molteni).

Con posterioridad, a partir de las escaladas inflacionarias de la década del 70 y la aplicación de índices de actualización a los efectos de definir el monto de la acreencia, se replanteó por parte de la jurisprudencia la utilización de la tasa activa cuando el capital se había repotenciado (CNCiv. en pleno, in re "La Amistad SRL c/ Iriarte, Roberto" del 9/9/77 y CNEsp. Civ. y Com., in re "Cons. Av. Santa Fe 2683 esq. Anchorena 1407/27 c/ Morrison, Elsa y otras" del 13/6/80). En esa coyuntura los tribunales civiles aplicaron la tasa del 6 % y los comerciales la del 8 %. No obstante ello, en los casos de sentencias en las que se condenaba al pago de intereses y no se fijaba la tasa, la Cámara Civil en pleno resolvió que debía aplicarse la que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento ordinario aunque el crédito se hubiera actualizado en función de la depreciación económica (conf. CNCiv. en pleno, in re "Erifimovich de Ostrovsky, Sara L. c/ Martín, Hugo O." del 20/9/78).

Si bien los plenarios dictados por esta Cámara -y que son objeto de revisión- fijaron la tasa pasiva, hoy corresponde que la Cámara vuelva a los criterios interpretativos anteriores a estos plenarios vigentes y se pronuncie por la aplicación de la tasa activa tal como lo hacen los fueros Comercial y Laboral (conf. CNCom. en pleno, 27/10/94, in re "La Razón S.A. s/ Quiebra"; LL 1994-E, 412 y CNAT, Acta CNAT Nro. 2357 del 7/5/02 respectivamente).

Se propicia entonces la fijación de la tasa activa porque ante la indisponibilidad del capital el acreedor -en caso de necesitarlo- debe recurrir a la plaza financiera en procura de crédito y pagar por su obtención los intereses al tipo activo. El perjuicio para él radica en que debe pagar el interés de plaza, de manera tal que, a los efectos de determinarlo, no es relevante si es negativa o positiva porque siempre ha de pagar la activa.

Otro argumento que persuade para votar afirmativamente por la tasa activa es que con la aplicación de la tasa pasiva como interés moratorio es el acreedor quien en definitiva financia la ganancia de su deudor con su propia postergación. El que debe pagar no tendrá ningún incentivo en hacerlo a tiempo ni mucho menos acortar la duración de los juicios, lapso durante el cual hace un mejor negocio con su morosidad. Esa situación se refleja en el aumento del índice de litigiosidad, desalienta la conciliación prejudicial y provoca la saturación de los recursos de la justicia.

A la vez, el acreedor o damnificado -con una legítima expectativa a cobrar lo que se le debe- se ve paradigmáticamente enfrentado no sólo al desgaste y demora que le ocasiona un pleito, sino a recibir el capital -indebidamente retenido por el deudor- con un interés inferior al del mercado.

Las consecuencias desfavorables que se ocasionan a quien reclama por un daño injusto se expanden así a la comunidad en general, proyectándose negativamente a la vida económica del país. Al estimular los incumplimientos se encarece el crédito y la prolongación voluntaria de pleitos revela un comportamiento social disvalioso que conspira contra la eficiencia de la justicia.

Pese a que se afirma que la aplicación de la tasa activa en los procesos puede generar inflación esto no es así, ya que de hecho es la que utiliza el sistema financiero y a los magistrados sólo les cabe su aplicación en el caso concreto.

Tanto la tasa activa como la pasiva son tasas de mercado que responden a las distintas variables de la economía y a los vaivenes de la política económica. Ambas registran en alguna medida el componente inflacionario. Sin embargo, no son ellas las que generan este fenómeno cuya causa más habitual será el aumento de la base monetaria y su velocidad de circulación, generando desequilibrios en la oferta y la demanda de bienes y servicios y por ende en sus precios (conf. Tombeur, Carlos María; "El rol de la tasa de interés en la organización económica y su correlato en las instituciones jurídicas"; LL Suplemento Especial. Intereses, 2004 -julio, 117-132).

La conveniencia de fijar los intereses moratorios mediante la aplicación de la tasa activa fue sostenida por unanimidad y por mayoría respectivamente en las XIX y XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003 - Lomas de Zamora, 2007 Comisión N°2: Obligaciones -Cuantificación de la indemnización por daños personales-La Ley Actualidad, 25/10/07). Igual solución se plasmó en el Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1998 -tanto para los intereses moratorios como para los resarcitorios que se introducen en sus disposiciones (arts. 714 incs. b y d, 716 inc. c, 719 y 1628) Diversos tribunales se pronunciaron sobre la conveniencia de fijar esta tasa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Brescia Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños" sostuvo que los intereses se debían liquidar con posterioridad al 31/3/1991 de acuerdo a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (T 317:1921, 22/12/94), solución que también fue propiciada en "Hidronor SA c/ Neuquén, Gobierno de la Provincia del y/o quien resulte propietario s/ expropiación", del 2/11/1995 (H.9.XIX); "S.M.C c/ Provincia de Buenos Aires y otro" del 15/12/1998 (LL 1999-D, 534); "G.C.M.c/ Provincia de Santa Fe", del 10/4/2003 (LL 2003-D,521), "Valle, Roxana Edith c/Buenos Aires ", del 10/4/2003 ( T 326:1299). En el mismo sentido resolvieron: la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, in re "Barreiro, Jorge Andrés c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. s/ ordinario", del 20/7/2006 (<http://microjuris.com/MJJ8563>), Sala B, in re "Lebuis, María c/ Caja de Seguro S.A", del 30/11/2007 (<http://www.laleyonline.com.ar/consulta/3/9/2008>); Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, in re "García, Pablo Fabián c/ Día Argentina S.A.), de 16/7/2008 (<http://www.laleyonline.com.ar/consulta/2/9/2008>); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, in re "Herrera, Antonio D. c/ Ejército Argentino", del 25/6/04 (LL 27/10/2004, 13); Sala III, in re "Bonfigli, Alberto Jorge y otros c/ Estado Nacional y otros", del 17/8/2007 (<http://www.laleyonline.com.ar/consulta/26/2/2009>); Sala III, in re "Massolo de Franco, Beatriz Luisa y otro c/ Estado Nacional Minist. Just.Derech. Hum. Policía Federal s/ accidente en el ámbito militar y fzas de seg.", del 25/4/2008 (<http://microjuris.com/MJJ25857>); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, in re "Correa, Horacio N. y otros c/ Estado Nacional", del 16/3/2005

(<http://onl.abeledoperrot.com/lexis> N° 35001372 consulta 26/2/2009); Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, in re "Rivarola, Oscar Antonio c/ Provincia de Mendoza y otros (LL Gran Cuyo 2008, marzo, 167 )"; Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, in re "Elías Salaj, Ana María c/ Municipalidad de Godoy Cruz y ots.", de 7/4/2008 (LL Gran Cuyo 2008 , junio, 496); Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, in re "Lehocky, Víctor Antonio y otros c/ Arreces Pedro Ezequiel s/ daños y perjuicios", del 12/2/2008 (<http://ar.microjuris.com/MJJ19419>); Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial III, in re "Maneyro, Marta P c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos", del 7/3/2006 (LL Litoral 2006, junio, 638).

Por último cabe agregar que, ante las variaciones porcentuales que se observan en las distintas tasas activas existentes en el mercado y respecto también de las que publica el Banco de la Nación Argentina en el Boletín Oficial (ver BO N° 31.504), a efectos de su correcta aplicación, esta mayoría considera por los fundamentos vertidos precedentemente que la tasa de interés a utilizar conforme a la doctrina legal obligatoria que aquí se establece es "La tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina" Con esta última aclaración y por los fundamentos vertidos se da respuesta afirmativa a la interrogación efectuada en el punto tres de este acuerdo.

Fdo. Gerónimo Sansó (con ampliación de fundamentos), Mauricio L. Mizrahi (con ampliación de fundamentos), Claudio Ramos Feijóo (con ampliación de fundamentos), Omar L. Díaz Solimine (con ampliación de fundamentos), Miguel A. Vilar (con ampliación de fundamentos), Eduardo A. Zannoni (con ampliación de fundamentos), Carlos A. Bellucci (con aclaración), Jorge A. Mayo, Claudio M. Kiper, Jorge A. Giardulli, Marta del Rosario Mattera (con ampliación de fundamentos), Beatriz A. Verón (con ampliación de fundamentos), Oscar J. Ameal (con ampliación de fundamentos), Lidia B. Hernández (con ampliación de fundamentos), Silvia A. Díaz (con ampliación de fundamentos), Marcela Pérez Pardo (con ampliación de fundamentos), Víctor F. Liberman, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso

Fundamentos de los Dres. Ricardo Li Rosi, Beatriz L. Cortelezzi, Luis Álvarez Juliá, Mario P. Calatayud, Juan Carlos Dupuis, José L. Galmarini, Fernando Posse Saguier, Julio M. Ojea Quintana, Graciela A. Varela, Patricia E. Castro, Mabel De los Santos, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar

Como se expuso en el voto emitido sobre la primera cuestión, con ulterioridad al fallo plenario recaído in re "Alaniz", el 13 de marzo de 2004, la tasa pasiva que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina de acuerdo con lo previsto por el art 8° del decreto 529/91, modificado por el decreto 941/91, ha devenido negativa.

Corresponde pues adoptar una tasa de interés que cumpla adecuadamente su función resarcitoria, compensatoria del daño sufrido por el acreedor al verse privado del capital que debió pagársele en tiempo oportuno. Ello presupone que resulte positiva, o sea que mantenga la integridad del capital frente a la corrosión inflacionaria; y que, con esa base, compense además el daño experimentado por el acreedor al verse privado de ese capital. Sólo así la tasa de interés podrá cumplir la mentada finalidad resarcitoria Y

bien, si a partir del 23 de marzo de 2004 se compara la evolución de las tasas activas cobradas por el Banco de la Nación Argentina con la evolución del índice de precios al consumidor que publica el INDEC, se advierte que aquellas resultan positivas en una medida que, a su vez, puede estimarse suficientemente compensatoria de la privación del capital.

Diversos tribunales se pronunciaron sobre la conveniencia de fijar esta tasa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Brescia Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños" sostuvo que los intereses se debían liquidar con posterioridad al 31/3/1991 de acuerdo a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (T 317:1921, 22/12/94), solución que también fue propiciada en "Hidronor SA c/ Neuquén, Gobierno de la Provincia del y/o quien resulte propietario s/ expropiación", del 2/11/1995 (H.9.XIX); "S.M.C c/ Provincia de Buenos Aires y otro" del 15/12/1998 (LL 1999-D, 534); "G.C.M.c/ Provincia de Santa Fe", del 10/4/2003 (LL 2003-D,521), "Valle, Roxana Edith c/Buenos Aires ", del 10/4/2003 ( T 326:1299). En el mismo sentido resolvieron: la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, in re "Barreiro, Jorge Andrés c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. s/ ordinario", del 20/7/2006 (<http://microjuris.com/MJJ8563>), Sala B, in re "Lebuis, María c/ Caja de Seguro S.A", del 30/11/2007 (<http://www.laleyonline.com.ar/consulta/3/9/2008>); Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, in re "García, Pablo Fabián c/ Día Argentina S.A.", de 16/7/2008 (<http://www.laleyonline.com.ar/consulta/2/9/2008>); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, in re "Herrera, Antonio D. c/ Ejército Argentino", del 25/6/04 (LL 27/10/2004, 13); Sala III, in re "Bonfigli, Alberto Jorge y otros c/ Estado Nacional y otros", del 17/8/2007 (<http://www.laleyonline.com.ar/consulta/26/2/2009>); Sala III, in re "Massolo de Franco, Beatriz Luisa y otro c/ Estado Nacional Minist. Just.Derech. Hum. Policía Federal s/ accidente en el ámbito militar y fzas de seg.", del 25/4/2008 (<http://microjuris.com/MJJ25857>); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, in re "Correa, Horacio N. y otros c/ Estado Nacional", del 16/3/2005 ([http://onl.abeledoperrot.com/lexis Nº 35001372 consulta 26/2/2009](http://onl.abeledoperrot.com/lexis/Nº35001372/consulta/26/2/2009)); Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, in re "Rivarola, Oscar Antonio c/ Provincia de Mendoza y otros (LL Gran Cuyo 2008, marzo,167 ); Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, in re "Elías Salaj, Ana María c/ Municipalidad de Godoy Cruz y otros.", de 7/4/2008 (LL Gran Cuyo 2008 , junio, 496); Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, in re "Lehocky, Víctor Antonio y otros c/ Arreces Pedro Ezequiel s/ daños y perjuicios", del 12/2/2008 (<http://ar.microjuris.com/MJJ19419>); Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial III, in re "Maneyro, Marta P c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos", del 7/3/2006 (LL Litoral 2006, junio, 638).

Por último, ante las variaciones que se observan en las distintas tasas activas que existen en el mercado financiero, inclusive en las que publica el Banco de la Nación Argentina en el Boletín Oficial (vgr., B.O. Nº 31.504), a los fines de la doctrina legal obligatoria que se propone, resulta conveniente atenerse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Fdo. Ricardo Li Rosi, Beatriz L. Cortelezzi, Luis Álvarez Juliá, Mario P. Calatayud, Juan Carlos Dupuis, José L. Galmarini, Fernando Posse Saguier, Julio M. Ojea

Quintana, Graciela A. Varela, Patricia E. Castro, Mabel De los Santos (con ampliación de fundamentos y disidencia parcial), Carlos R. Ponce, Elisa M. Diaz de Vivar

Fundamentos de los Dres. Beatriz A. Areán y Carlos A. Carranza Casares:

Sin perjuicio de lo expresado por el Dr. Carranza Casares al responder al segundo interrogante de esta convocatoria, estando obligado a contestar al tercero, hemos de hacer notar, conjuntamente con la Dra. Areán, que un correlato del deber jurídico de no dañar, contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional, lo constituye el derecho a una reparación.

Este derecho a ser indemnizado (literalmente a quedar sin daño), reconoce también fundamento constitucional propio (conf. CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", 21-09-2004, Fallos, 327: 3753). Ello es así no sólo por su correlación con el deber de no dañar, sino también en virtud de lo que se desprende de los textos constitucionales.

El art. 17 de la Constitución Nacional prevé en tal sentido la inviolabilidad de la propiedad y el derecho a una previa indemnización en el caso de una expropiación y el art. 41, en el ámbito del daño ambiental, la obligación de recomponer.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla en diversas disposiciones lo que podrían considerarse expresiones del derecho de reparar. Así, el art. 10 dispone que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial; el art. 13 admite las responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión; el art. 14 hace referencia a las responsabilidades legales no enervadas por el derecho de rectificación o respuesta; el art. 21 reconoce el derecho a una indemnización justa en caso de ser privado de sus bienes por razones de utilidad pública o interés social; el art. 63 establece que la Corte Interamericana dispondrá la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de un derecho o libertad protegido por la Convención; y el art. 68 se ocupa del modo de ejecución de la parte del fallo de la Corte que ordene una indemnización compensatoria.

En un afín orden de ideas la Corte Suprema, que en el caso "Campillay" (Fallos: 308:789) había hecho referencia al aforismo *alterum non laedere* como un principio legal relacionado con el art. 1109 del Código Civil, en "Santa Coloma, Luís Federico y otros", 1986 (Fallos: 308:1160) manifestó, con cita del art. 19 de la Ley Fundamental, que ese principio contaba con raíz constitucional.

Con mayor amplitud, expresó en "Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina", 1986 (Fallos: 308:1118) y en "Lew, Benjamín Jorge y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal s/ beneficio de litigar sin gastos", 25/09/1997, (Fallos: 320:1996), que el principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

Asimismo, más recientemente, en "Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/ accidentes art. 1113 C.C. - daños y perjuicios", 01-02-2002 (Fallos: 325:11), al reiterar la doctrina de que las normas civiles que reglamentan en general la reparación de los daños y en especial a las referentes a los daños causados por culpa, consagran el principio general establecido en el mencionado art. 19, sostuvo que el Código Civil constituye, precisamente, una de las reglamentaciones posibles del citado principio.

Bajo tales premisas, la tasa de interés a determinar para las obligaciones en mora ha de ser necesariamente reparadora del daño generado por la demora, condición que no cumple - como se ha visto- la llamada tasa pasiva.

Sobre la base que los jueces han de establecer una tasa uniforme para aplicar como regla a los supuestos en los cuales no se encuentra ni legal ni convencionalmente prevista, la denominada tasa activa, por el contrario, se presenta como apropiada para dejar indemnes -en la medida de lo posible- a los acreedores damnificados.

Ya sea que se presuma que el acreedor ha debido acudir al circuito financiero -formal o informal- a fin de obtener lo que su deudor no le ha entregado a tiempo, interpretando entonces que se trata del costo de sustitución del capital adeudado, o que se entienda que debe reponerse la utilidad que podría haber obtenido el reclamante de haber dado en préstamo tal capital, como réditos dejados de percibir, la llamada tasa activa -prevista en materia comercial por el art. 565 del respectivo código- es la que se encuentra en mejores condiciones de reparar el perjuicio generado por el incumplimiento.

Este es el criterio seguido, entre otros, por sendos fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y su par Laboral (los otros dos tribunales nacionales de derecho privado) y fue el postulado en las XIX y XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario, 2003 y Lomas de Zamora, 2007, respectivamente, en las primeras mediante un despacho aprobado por unanimidad. También en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 2.001, esto es, antes del advenimiento de la crisis económica, se aprobó por mayoría que la tasa de interés moratorio que los jueces deben aplicar es la activa.

La elección de otras tasas como la pasiva, sostenida por los anteriores fallos plenarios "Vázquez" y "Alaniz", importaría una opción que conduciría al inadmisibles resultado de que, a través de la fijación de una tasa no retributiva, el acreedor damnificado acabe financiando al deudor moroso, con el agravante que, en la mayoría de los casos decididos en el fuero, aquél constituye la parte más débil de la relación jurídica en litigio.

Por otra parte, la prolongación de los procesos, alentada por el previo conocimiento de los deudores en el sentido que, al llegar a la etapa de la sentencia, habrán de fijarse intereses no remunerativos para el acreedor, adiciona un nuevo perjuicio al ya causado por el incumplimiento que en numerosas ocasiones ha constituido un acto ilícito.

Esta situación se refleja, además, en el incremento de los litigios, desalienta la conciliación prejudicial y provoca o agrava la saturación de recursos del sistema judicial. Por los fundamentos precedentemente expuestos, damos respuesta afirmativa a la interrogación efectuada en el punto tres.

Fdo. Beatriz A. Areán Carlos A. Carranza Casares

Fundamentos del Dr. Hugo Molteni

Los fundamentos a esta cuestión fueron expresados al responder el punto primero de esta convocatoria.

Fdo. Hugo Molteni

Fundamentos del Dr. Fernando M. Racimo:

I. La consideración de los diversos aspectos que hacen a la aplicación del interés moratorio del art. 622 del Código Civil requiere adoptar una adecuada exégesis de sus antecedentes en el derecho clásico francés. Algunas de las opiniones vertidas en los anteriores plenarios Vázquez y Alaniz se han sustentado -desde diversas perspectivas- en el análisis de sus doctrinarios más renombrados. Entiendo, sin embargo, que la lectura de este sistema normativo se encuentra a menudo afectada por anacronismos que interfieren profundamente en la comprensión de nuestro texto legal. La principal dificultad hermenéutica ha sido la lectura de los textos clásicos a partir de una concepción basada en el mercado financiero de tasas. Este problema de una lectura anacrónica retrospectiva se originó en una insuficiente fundamentación lógica de las razones que hacen aplicable analógicamente el art. 565 del Código de Comercio y se profundizó con la sanción del decreto 941/91. La cuestión no queda limitada a una mera batalla conceptual sobre significaciones de términos vetustos o a un afán analítico para investigar las razones que han llevado a los tribunales a admitir casi invariablemente el régimen establecido en la ley mercantil. Este tipo de interpretación ha introducido conceptos -como el daño emergente y el lucro cesante- que rigen el sistema de derecho común pero que están excluidos del cálculo del régimen tarifado del art. 622 del Código Civil. No es a partir de la aplicación analógica del art. 565 del Código de Comercio que debe hacerse la hermenéutica de la norma bajo análisis sino precisamente por la vía contraria, esto es, buscando las razones de orden lógico e histórico que han conducido a la aceptación de esa tasa hasta la sanción del decreto mencionado. Se impone, pues, un regreso a las fuentes mismas del Derecho Civil para dar sustento real a las respuestas formuladas en este plenario.

A fin de dejar claramente expuesta mi posición desde el comienzo precisaré los planteos básicos en los que sostengo mi voto:

1- El art. 622 del Código Civil encuentra su fundamento en el art. 1153 del Código Civil Francés. La doctrina subyacente a este sistema (Domat y Pothier) establecía un cálculo presunto y tarifado (a forfait) del daño para la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero.

2- El interés se fijaba legalmente en un porcentaje que doctrinalmente se entendía basado -de un modo relativo- en el cálculo de la inversión que se podía retirar del préstamo de una suma de dinero. El cálculo de la tasa se realizó originariamente sobre la base de la constitución de rentas inmobiliarias o de ganancias semejantes y posteriormente se calculó inequívocamente sobre el interés correspondiente al mutuo civil.

3- El sistema clásico francés de la tasa legal civil no era arbitrario en su origen. El cálculo se efectuaba sobre la base del interés que se cobraba en el mutuo civil entre particulares. Dentro de este sistema no existen tasas activas o pasivas que son propias del mercado financiero.

4- El sistema se justificaba -aunque no se sustentaba- sobre la base de una equivalencia entre la tasa legal y el máximo de la tasa convencional de modo que el pago por el deudor de la suma debida en concepto de indemnización es igual a la tasa que puede obtener en el mercado convencional civil. Esta tasa del interés legal equivale al máximo de la tasa convencional que puede retirar un mutuante de una suma de dinero que entrega en préstamo y que no es devuelta oportunamente por el mutuario.

5- El sistema normativo de nuestro Código Civil desarticula este sistema legal al permitir el interés convencional libre y al no fijar una tasa de interés legal de modo que las racionalizaciones del derecho francés no pueden trasladarse sin cesuras interpretativas al ordenamiento jurídico nacional.

6- El art. 622 del Código Civil se basa sobre un concepto tarifado de presunción o imputación del daño moratorio en las obligaciones de dar sumas de dinero que modifica el régimen común. Esta derogación del régimen común hace innecesario recurrir a las teorías del daño emergente y del lucro cesante en las cuales existe una relación específica entre el daño causado y el incumplimiento de cada contrato en particular. Es así que el cálculo de la tasa conveniente se fundamenta realmente en el uso presunto del dinero y no en las consecuencias mediatas e inmediatas.

7- El uso presunto del dinero por el acreedor de un mutuo civil se realiza teniendo en cuenta el precio del interés del capital (nota al art. 622 Código Civil). El juez carece de una tasa civil para los mutuos y debe recurrir naturalmente al precio corriente de los capitales financieros. La distinción conceptual no es irrelevante porque la atención exclusivamente enfocada en el interés de los capitales perjudica la apropiada hermenéutica del art. 622 y hace a toda la interpretación de esta norma derivativa de la interpretación y del espíritu financiero obviamente contenido en el art 565 del Código de Comercio.

8- Se trata de una determinación -y no evaluación- judicial del interés aplicable porque:  
a) La determinación judicial se aparta del puro sistema legal en cuanto se funda en el precio corriente del dinero.

b) La construcción de un criterio judicial uniforme para esta fundamentación -ajena al sistema legal puramente imperativo- conduce a inquirir cuáles son las posibilidades concretas y específicas de inversión por el acreedor que no recibió en tiempo el dinero llevando a unacategorización contraria al funcionamiento mismo del sistema reconduciendo la tarifación por remisión a tasas corrientes a una evaluación según el sistema del derecho común.

c) La selección judicial del interés supone colocarse en una posición análoga a la de la doctrina francesa determinando cuál es el interés que se cobra en los mutuos civiles. El patrón básico a partir del cual cabría establecer la tasa aplicable debería ser -en puridad- la correspondiente al promedio de las tasas por los mutuos civiles. La tasa del mutuo civil es el criterio básico a partir del cual se puede realizar un análisis del interés moratorio en el Derecho Civil.

d) La inexistencia de una tasa corriente del interés convencional civil hace

imprescindible recurrir a una analogía con las tasas corrientes bancarias.

e) Se presenta una analogía jurídica y funcional entre el préstamo del mutuante en el mutuo civil y el préstamo del Banco de la Nación en el mutuo comercial (art. 565 del Código de Comercio).

9- El uso de la tasa activa no se sustenta en el costo de la toma de un préstamo por el acreedor ante la falta de pago del deudor. El rechazo de la imposición de la tasa activa - con sustento en la desestimación del concepto como daño emergente en que consistiría aquélla como consecuencia mediata- tampoco resulta aceptable por la inaplicabilidad de esas categorías y porque el retiro eventual por el uso del dinero por el acreedor es, en todo caso, lucro cesante y consecuencia inmediata.

10- La falta de una tasa corriente por mutuos civiles y la ausencia de una tasa legal hace conveniente remitir analógicamente a una tasa del mercado financiero que cumpla la misma función que la correspondiente al mutuo civil, esto es, la tasa de préstamos de capital existente y no hipotética.

Los antecedentes del derecho francés.

1. El art. 622 del Código Civil dispone como principio- la imposición de una tasa de interés legal para el cobro de la indemnización por el incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero y autoriza, en subsidio, que los jueces determinen la tasa pertinente. El interés legal -en la concepción clásica del derecho francés y por derivación en nuestro derecho- se funda en una disposición previa por ley u ordenanza para establecer un precio del uso del dinero para regir en el orden civil en un régimen uniforme y previsible.

Nuestro texto se basa en el art. 1153 del Código Civil Francés que deriva (conf. Savigny, *Le Droit des Obligations*, París, 1863, t. II, pág 118; Colmet de Santerre en Demante, *Cours Analytique du Code Napoléon*, París, 1865, t. 5, com. art. 1153, nº 66 bis, pág. 97 y Bonet, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, p. 137) del modelo doctrinal elaborado por Pothier (*Obligations en ob. y lug. cit*). El planteo doctrinal del autor francés partía de la existencia por entonces de una tasa legal que era la denominada tasa de la Ordenanza que remitía al edicto de febrero de 1770 que tenía, a su vez, antecedentes en diversas disposiciones anteriores del régimen monárquico francés (ver Merlin, *Repertoire...*, t. 6, pág. 461 y Larombière, *Théorie...com. 1153*, págs. 54 a 56).

La fijación de una tasa legal emitida según una disposición normativa previa no es sólo, como habitualmente se considera, una disposición reglamentaria ritual de las relaciones económicas supuestamente contraria a las leyes del libre mercado. En su origen tuvo por objetivo precisar la tasa que rige en el orden civil ante las dificultades de su determinación frente a la inexistencia de un interés corriente semejante al que regía en las relaciones entre comerciantes. Se consideró que toda sociedad ordenada precisa de la imposición de un interés legal para los contratos de hipotecas y para todos los actos públicos correspondiendo su fijación al gobierno (ver Portalis, *Discurso...*, págs. 36 y 37). Incluso -como ya señalé- durante el período que corrió entre las sanciones del Código Civil de 1804 y de la ley de septiembre de 1807 no existió máximo de interés convencional pero subsistió la tasa legal según el régimen previsto en la época revolucionaria. No es sólo el fundamento de tradición lo que da sustento a este principio. El problema esencial -desde el punto de vista económico- es que resulta

difícil determinar el interés del comercio ordinario de la vida civil que se refiere a los compromisos contraídos entre individuos que se acercan por sus necesidades mutuas. No existe normalmente un interés corriente en estos casos. La fijación del interés legal por disposición del gobierno suponía determinar previamente cuál era el interés que debía regir en los contratos civiles en los que no existe un interés corriente.

2. La tasa del interés legal se elaboró doctrinalmente a partir del precio ordinario que podían obtener los particulares en los mutuos civiles.

Pothier formuló un soporte teórico a estas disposiciones tradicionales que ya había sido desarrollado con mayor amplitud por Domat en sus *Lois civiles*. Estableció así que el interés legal es el precio común de la ganancia (profit) legítima que el acreedor habría podido retirar (retirer) de la suma que le era debida, si ella le hubiese sido pagada (ob. y lug. cit.). El planteo estaba edificado a partir del precio del mutuo civil vigente en una concepción de reciprocidad y gratuidad propia del mundo anterior al capitalismo financiero.

El origen de esa concepción doctrinaria distingue así entre este la ganancia ordinaria y la ganancia que es necesario pagar a los banqueros (banquiers) cuando una letra de cambio no es pagada por el emisor o sus endosantes. En ese supuesto el propietario que la hacía protestar podía exigir incluso una tasa superior a la legal y el principio antedicho del sistema del mutuo no subsiste (ob. cit., n° 171). Este principio de examen para el cálculo de la tasa de interés legal surge en Domat y Pothier y permanece hasta la actualidad ya que Carbonnier -en la edición de su *Droit Civil, Les obligations*, París, 2004- señalaba que el patrón de consideración para la reforma francesa de 1975 había sido el préstamo entre individuos particulares.

Se ha señalado en el voto de la minoría en el plenario Vázquez que Domat y Pothier sostenían una teoría según la cual "el verdadero y efectivo daño soportado por el acreedor consistía en los intereses pagados por él al tercero" citando a "*Lois civiles*", libro III, tit. V, t.II, p. 95 y autores de la tradición clásica francesa. No comparto esta interpretación de la teoría de Domat La cita -según se encuentra en *Oeuvres complètes*, en la versión Remy, París, 1829, t.II- afirmaba así "Quienquiera que deba dinero, sea por un préstamo o por otras causas, sólo debe por todo daño, si él no lo paga, el interés reglado por la ley" y proseguía "pero un inquilino que falta en las reparaciones que él debe por su arrendamiento, un empresario que falta en hacer la obra que él ha emprendido, o que la hace mal, un vendedor que no entrega la cosa convenida, o que habiéndola entregado, no la garantiza de evicción, deben indefinidamente los daños y perjuicios que pueden surgir de la falta de ejecución de su obligación; y se les regla diferentemente, según la diversidad de las pérdidas que sobrevienen, la cualidad de los hechos que los causan y las otras circunstancias" Más importante aún es otra cita de Domat que a menudo se soslaya y que es el fundamento subyacente de toda la teoría clásica francesa en este punto. Aducía este autor que:

Y no se podía hacer un reglamento más equitativo que aquel que ha sido hecho, fijando la indemnización que puede deber un deudor de una suma de dinero que no la paga en término, a una cierta porción de la suma debida; porque esta indemnización se encuentra fundada sobre dos principios perfectamente justos: el uno que todos los deudores de una suma de dinero están dentro de la misma obligación, y debiendo sólo una cosa de la misma naturaleza, ellos sólo deben una misma indemnización; y el otro, que esta indemnización debe ser fijada a una misma base, no se la ha podido hacer más justa y

más segura que reglándola al valor de las ganancias (profits) comunes que se pueden extraer (tirer) del dinero para el comercio legítimo. Y es lo que se hace comparando el dinero, que hace al precio de todas las cosas, con aquellas que producen naturalmente alguna ganancia, y reglando la ganancia de una suma de dinero a aquella que se extrae de una cosa del mismo valor. Y como las ganancias ordinarias y más naturales son aquellas que producen los fondos, se estima la indemnización de los acreedores de sumas de dinero, que no son pagadas en término, sobre la base del rédito (revenu) común de un fondo del mismo valor que la suma debida. Así, por ejemplo, si el valor común de la renta de fondos es de un sol por libra, la indemnización, que deberá un deudor por una suma de mil libras que no paga, será de cincuenta libras por año, que hacen el rédito (revenu) que se extrae comúnmente cada año de un fondo que puede valer mil libras. Y es sobre esta misma base que se reglan las rentas (rentes) constituidas a precio del dinero, donde aquel que adquiere una renta (rente) sobre los bienes de su deudor, no hace otra cosa que adquirir un rédito (revenu) anual en dinero, que es del valor del rédito (revenu) ordinario que él podría extraer de un fondo que valdría la suma que él da. Pero como el valor de los réditos de los fondos está sujeto a cambios, y aumenta o disminuye según la escasez o la abundancia del dinero, y las otras causas que obligan a estimaciones diferentes según los cambios que los tiempos pueden aportar, las leyes reglan diferentemente la base de los intereses y la de las rentas a precio del dinero, según estos cambios pueden obligar (ob. cit. pág. 99).

Concluía el mismo autor que todas estas consideraciones que hacen justa la regla de la fijación de los intereses de sumas de dinero "a una cierta porción del principal" no debían extenderse a otros supuestos en que la actitud del deudor perjudica a pobres familias cuando no se pagan las obligaciones a los obreros o a los mercenarios (pág. 100).

La idea era fuertemente formal y simétrica. El deudor debe en concepto de indemnización una suma de dinero que es igual a la que resulta de computar el interés correspondiente que eventualmente habría estipulado el acreedor si la deuda concreta le hubiera sido pagada. Lo que se debe en estos casos es una consideración basada en lo que podría haberse obtenido de la suma debida si se hubiera entregado y la característica de Domat en este punto es hacer formalmente homogéneo el interés en este punto. No era propiamente una indemnización totalmente tarifada porque se vincula con el monto del préstamo en particular.

La concepción propuesta se estructuraba desde una mirada al préstamo entre individuos privados. No se consideraban, al menos directamente, las relaciones entre comerciantes o con los banqueros y en las ganancias ordinarias y más naturales que son aquellas que producen los fondos estimándose el daño de los acreedores de sumas de dinero, que no son pagadas en término, sobre la base de la renta común de un fondo del mismo valor que la suma debida (Domat, "Les lois civiles" en Oeuvres complètes, ed. Remy, pág. 99). El cálculo de la tarifación del retardo en el pago de las obligaciones de dinero se relaciona de este modo con el concepto tradicional del lucro que surge del mutuo civil (Pothier, "Traité de l'usure" en Oeuvres, París, 1821, t. 5, n° 117, págs. 465 y 466 refiriéndose al *lucrum ex mutuo*) y consiste en la privación del rédito de la suma debida (Mazeaud y Tunc, *Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, 5ª. ed., 1957, París, t. I, n° 2340, nota 4, pág. 486).

Comparto en este punto las consideraciones formuladas por los Dres. Mirás, Calatayud y Dupuis en su voto por la minoría en la causa Vázquez, aunque creo que es necesario hacer una precisión a sus planteos. El retirar de una suma no era el retirar de una inversión bancaria sino el retirar de una inversión civil eventual que podría haber hecho del acreedor si se le hubiera pagado en plazo.

En efecto, la doctrina asignaba un significado preciso a la expresión "retirar" de la suma debida. El vocabulario de Pothier se refería así a lo que el prestador retira del préstamo (ver ob. y lug cit. y también *Traité de l'usure*, en tomo citado, n° 117 pág. 465). El mismo sentido es el que se extrae de las discusiones habidas en el Consejo de Estado con motivo del estudio del proyectado -y luego reformado- art. 1907 del CCF para el término extraer (tirer) de la suma prestada. Se trata de lo que se podía retirar (retirer) o extraer (tirer) de una suma dada en préstamo entre particulares (ver Domat, ob. y lug. cit., las expresiones de Berenguer y Tronchet en *Recueil...*, t. II, pág. 623 y también en un sentido similar Demolombe, *Cours...*, t. XXIV, n° 619, pág. 606; Larrombière, ob. cit., com. art. 1153, n° 14, pág. 61 y Laurent, *Principes du Droit Civil Français*, 3ª ed., Bruselas-París, 1878, t. 16, n° 306, pág. 366). La justificación de Pothier referente a la ganancia legítima tenía un sentido específico y polémico frente al rechazo tradicional del concepto de interés. Similar expresión se encontraba en Pufendorf -en la versión francesa de Robinet del *De iure naturae et gentium* contemporánea de Pothier- cuando señalaba que el préstamo a interés considerado en sí mismo y cuando no estaba acompañado de extorsión, esto es, cuando no excede la ganancia (profit) que el acreedor habría podido retirar (retirer) él mismo de su dinero no tiene nada de contrario al derecho de gentes. Se entendía así que no había justificación para que una persona estuviera obligada a perder la ganancia que hubiera podido retirar del dinero si no lo hubiera prestado (ver *Dictionnaire Universel des Sciences Morale, Économique, Politique et Diplomatique*, Londres, 1782, t. 27, Libro V, cap. VII: Del préstamo de consumo y de sus intereses, págs 307 y 308).

En términos coloquiales el interés en cuestión era el que se podía sacar de una suma de dinero que en un principio estaba fuertemente relacionada a las rentas (rentes o revenus) de la explotación de la tierra y que sobre todo a partir de Pothier y especialmente con el Código Civil de 1804 y con la ley de septiembre de 1807 se vinculó al precio máximo y lícito del mutuo civil.

3. El sistema del derecho clásico francés sólo consideraba la tasa del mutuo civil como pauta de cálculo del interés legal.

Cuando se estima la tasa legal a partir de la tasa del préstamo entre particulares no existe tasa activa ni pasiva. No se trata de un contrato de intermediación financiera en el cual el banquero obtiene un lucro con la diferencia que extrae entre ambas tasas (spread). Sólo hay una tasa que es la que el mutuante le cobra al mutuario por el préstamo de la suma de dinero.

La multiplicación de estas operaciones crea una especie de tasa promedio aunque no se concibe habitualmente que exista una tasa corriente por el mutuo civil. La tasa que se estimaba al momento de la sanción del Código Civil Francés era la del 5% anual correspondiente al rendimiento medio de las explotaciones agrícolas aunque se admitía que en aquellos tiempos existían otros usos por los que podría haberse fijado el 7 %

(Recueil..., t. II, pág. 62 y también lo señalaba Laurent, Principes..., t. 16, n° 524, pág. 547).

El planteo se sustentaba en una razón práctica. Así lo señalaba Joubert como expositor de motivos al proponer el proyecto que finalmente se consagró en la ley de septiembre de 1807. Puntualizaba que el deudor que se deja perseguir en justicia, debía al menos ser condenado a pagar un interés igual a aquel al que le está permitido estipular (Merlin, Repertoire..., t. 6, pag. 468 y en similar sentido Highton de Nolasco, "Intereses: clases y punto de partida" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-2, pág. 101). Esta permisión para estipular se refería al precio que tendría que haber cobrado por un mutuo civil el acreedor al momento del vencimiento del plazo que es, naturalmente, el mismo que aquél habría retirado si hubiera hecho la operación. En este sistema original de Pothier -y en su derivado del derecho clásico francés- no había intermediación y sólo un precio: el que cobraba el prestamista y el que pagaba el deudor. El beneficio o ganancia que se podía retirar era el de un mutuo civil y no el de un depósito en un banco.

Además de este punto esencial -que la base del interés legal se calcula a partir de la suma que se retira- debe añadirse un hecho histórico coyuntural pero que ha influenciado nuestra interpretación doctrinaria y judicial de un modo determinante. Ocurre que el concepto de tasa activa o tasa pasiva no tiene sentido cuando existe un interés convencional máximo ligado a un interés legal fijado por ley. En todo caso se puede decir anacrónicamente que se podía sacar un beneficio depositando la suma en un mutuo civil a un tercero a la tasa legal (tasa pasiva) o se podía sacar el mismo beneficio si el acreedor la hubiera dado en préstamo civil a un tercero para obtener la tasa legal (tasa activa). Pero esto no tiene sentido porque la tasa era la misma de modo que no había diferencia entre esas supuestas tasas activa y pasiva.

El modelo de justificación histórica francesa no se puede aplicar a un régimen en el cual rige la libertad del interés convencional (art. 621). Sin embargo, esta identidad coyuntural fue utilizada para demostrar que el interés que pagaba el acreedor para obtener un crédito si no le pagaba el deudor era realmente justo puesto que era igual al que le tenía que pagar el deudor y de allí se edificó toda una teoría sobre el daño emergente y el lucro cesante que no estaba en los orígenes de la tasa legal y que la desvirtúa al torcer la interpretación mediante la recurrencia a los modelos del sistema financiero.

El módulo de ponderación de esta tarifa indemnizatoria se entendía, en todo caso, en referencia a una tasa moderada para distinguirla de las tasas usurarias ilegales que superaban el 5 % del límite del interés convencional (Colmet de Santerre en Demante, ob. cit., 1865, t. 5, com. art. 1153, n° 70 bis, pág. 101; Larombière, ob. cit., com. art. 1153, n° 117, pág. 67; Toullier, Le Droit Civil Français suivant le ordre du Code Civil, París, 1862, t. 6, n° 264, pág. 274 y más recientemente Gaudemet, Théorie générale des Obligations, París, 1937, pág. 388).

Esta tasa era también la que podría haber tenido que pagar el acreedor ante la necesidad de tomar un préstamo en defecto de pago por el deudor. Nada perdía así el acreedor de deuda de dinero porque la tasa del préstamo que obtenía era inferior o a lo sumo igual a la que estaba obligado a pagar el deudor según la tasa legal (Demolombe, Cours..., t. XXIV, n° 619, pág. 605). La doctrina francesa moderna -antes de la reforma legislativa de 1975 que vinculó la tasa legal a la tasa de descuento- compartía esta posición al

señalar que podría obtenerla tomándola prestada a interés legal y, en consecuencia, el perjuicio que le causaba la falta de pago es justamente igual a ese interés (Ripert y Boulanger, Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires, 1964, t. IV, vol I., n° 852, pag. 502). En resumen, no hay diferencia (spread) entre tasa activa y tasa pasiva porque la única tasa de interés legal no permite esa posibilidad salvo que se obtuviera -en el curso del siglo XIX- un préstamo a una suma inferior al 5 % como permitía la ley del 3 de septiembre de 1807.

4. El interés se fijaba en un punto (porcentaje relativamente arbitrario) y no con base en una línea de interés variable. El punto de la tasa legal civil -5 %- coincidía con el máximo de la tasa convencional permitida en los mutuos. El sistema -construido históricamente con la adición de la ley de 1807 al CCF de 1804- permite que el acreedor pueda reclamar el dinero al mismo porcentaje -con algunas variaciones- que el deudor puede obtenerlo en el máximo de la tasa. Nadie pierde ni gana nada en cuanto el interés moratorio quede limitado a reclamar este concepto y no un mayor valor. La idea misma de la tasa única de interés legal supone en el Derecho Civil que ninguna de las partes pierda cualquiera sea el tiempo que transcurra entre la falta de cumplimiento y el pago de la indemnización mediante el interés moratorio agregado a la devolución del capital.

Se trata de un procedimiento basado en una concepción estática de los patrimonios que soslaya el hecho de la depreciación monetaria. El acreedor necesitado obtiene el préstamo en caso de mora del deudor a la misma tasa -o eventualmente a una menor al no existir umbral inferior en el interés convencional- a la que éste puede depositar su dinero.

Técnicamente el interés convencional se limita mientras que la tasa del interés legal se fija (ver Demolombe, Cours..., t. XXIV, n° 620, pág. 606). A partir de estas consideraciones Díaz de Guijarro precisaba que "el daño no es otro que el interés que ha dejado de percibir el acreedor. O a la inversa, el que ha pagado cuando, para realizar sus propias operaciones ha tenido que tomar prestada esa suma" añadiendo -para reafirmar la idea fundamental en estos casos que "el perjuicio realmente sufrido no es otro que el interés que hubiera obtenido prestando a un tercero el capital no restituido, o sea el interés corriente" ("La determinación del tipo de interés moratorio a falta de convención" en J.A. 47-240 y 242).

De todos modos, lo decisivo sigue siendo que la tasa legal se relaciona con el lucro eventual que habría podido obtener el acreedor prestando su dinero si este le hubiera sido restituido por el deudor al momento del vencimiento de la obligación surgida del contrato contraído entre ambos.

5. El sistema doctrinario clásico funciona en tanto se mantengan los intereses a una tasa que indemniza al acreedor civil.

Este sistema -configurado mediante la unión de lo dispuesto en el art. 1907 del CCF con los arts. 1 y 2 de la ley de septiembre de 1807- funcionó sin dificultades durante medio siglo. A la época de elaboración de nuestro Código Civil el sistema se encontraba en una crisis temporaria. Ello fue reflejado las notas a los arts. 621 y 622 que son una paráfrasis resumida de los cuestionamientos que efectuaban García Goyena (Concordancias del Código Civil Español. Madrid, 1852, t. IV, págs. 74 a 79) y Pont (ob. cit., n° 262 y 263, pág. 120)- por aquel entonces. Se cuestionaba así el monto de la

tasa legal porque no reflejaba realmente los precios del rendimiento del dinero que según este último autor se encontraban en el 7 % anual quien proponía una tasa legislativa única sujeta a una tasa variable (ob. cit., n° 262) que es el paso intermedio previo a la uniformización mediante la tasa judicial única y variable de nuestro código sustancial.

La cuestión era, en realidad, algo más compleja y los intereses posteriormente tendieron a reducirse en el curso del siglo XIX. La tasa legal del 5% fue, en términos generales, más favorable al acreedor que la tasa de descuento oficial del Banco de Francia como indemnización por el retardo en el pago de una suma de dinero. Dicha tasa de descuento fue inferior, en promedio, al 5% en la primera mitad del siglo XIX llegando en la década del 50 al 60 al 4,20%; en la década del 60 al 70 al 2,71% y en la década del 70 al 80 al 3,88%. El mercado abierto de capitales tuvo, a partir de 1863, una tasa promedio del 3,87% llegando en 1864 a la máxima del 7,38% en su pico mientras que la tasa de descuento del Banco de Francia llegó a su ápice en las tasas de 6 al 7% en sus valores más altos ya que la ley del 9-6- 1857 había autorizado a esa entidad a establecer tasas más altas que el 6% (conf. Pont, Explication, t. 8, Des petits contrats, t. I, París, 1867 n° 282, pág. 132). La tasa de interés de préstamos a corto plazo en el Banco de Francia fue del 6 % en 1804 para bajar después a un rango que iba entre el 4 al 5 % hasta el año 1847 (ver Leonidas J. Loutchitch, Des variations du taux de l'interêt en France de 1800 a nous jours, París, 1900, pag. 42-45 cit. en Sidney Romer y Richard Sylla, A history of interest rates, 4ª. ed., 2005, págs. 229 y sigtes). La tasa del interés legal fue a partir de 1807 del 5%, de 1900 al 4% y así sucesivamente incluso en las reformas efectuadas en los años 1918 y 1935 con modificaciones posteriores que procuraron, precisamente, adaptar la tasa legal a la tasa efectiva del interés en razón del proceso de depreciación monetaria en el país galo en 1975 y 1989 (ver Carbonnier, Droit Civil, Les obligations, París, 2004, t. II, n° 1088, pág. 2215).

De todos modos, la percepción del Codificador lo llevó a apartarse del sistema reseñado. El art. 622 se elaboró en ese momento manteniéndose por inercia la tradición de la fijeza del interés legal -de acuerdo con la concepción tradicional- y estableciéndose, al mismo tiempo, la libertad convencional para establecer el interés y la posibilidad para el juez de seleccionar una tasa variable en razón del tiempo y del lugar.

6. El Código Civil desarticula el sistema del derecho clásico francés por dos vías:

a. El rechazo del máximo legal de la tasa convencional (conf. art. 621).

b. La ausencia de una tasa legal fija en el Código Civil.

El problema es algo más complejo de lo que habitualmente se considera. Se señala de ordinario que no se ha establecido interés legal y que consecuentemente se aplica por analogía el art. 565 del Código de Comercio. En realidad, estas afirmaciones son ciertas pero suponen pasar por alto algunas etapas lógicas, lo cual -como se verá- produce consecuencias hermenéuticas impensadas.

El problema de la falta de imposición de un interés legal civil surge porque no existe un interés corriente de los mutuos civiles como ocurre con las operaciones de los bancos públicos. En realidad, las sociedades no tienen un interés del capital en las operaciones

civiles y es por ello que el interés legal fijaba el interés de las hipotecas (Portalis) y a partir de allí la tasa legal para los supuestos de los intereses moratorios.

Como en Francia siguió subsistiendo la idea original de Domat y Pothier -el daño es lo que habría podido retirar el acreedor- se pudo resolver el problema cuando el interés legal no satisfacía al acreedor especialmente por el proceso de la depreciación de la moneda. El patrón doctrinal que se consideró siguiendo la tasa promedio de los préstamos entre los particulares (ver por ejemplo Aubry y Rau, Cours de Droit Civil Français, 5ª. ed., París, 1902, con los comentarios de G. Rau. Falcimagne y Gault, t.14, nº 308, pág. 176, nota 50 bis en torno a los desajustes causados con la ley de 1900 respecto a las tasas civiles de interés legal y convencional respecto de la ley de 1807) y tanto es así que cuando en Francia esa tasa superaba la tasa legal se buscó mediante la ley del 11 de julio de 1975 acercar la diferencia entre ambos guarismos (ver especialmente Carbonnier, Obligations..., t. II, nº 1088, pág. 2215 al referirse a los préstamos entre particulares) teniéndose en cuenta un valor más cercano a la renta real del dinero (Starck, Droit Civil. Obligations. 2. Contrat et quasi-contrat. Régime général, 2ª ed., París, 1986, nº 1446, pág. 507 y Henri, Leon y Jean Mazeaud y François Chabas, Leçons de Droit Civil, 7ª ed., París, 1985, t. II, vol. I, nº 628, pág. 729, nota 6) o más específicamente a las tasas de interés convencionales utilizadas en razón de la erosión monetaria (Weill y Terré, Les obligations, 10ª ed., París, 1975, nº 438, pág. 488 y Chartier, La reparation du préjudice dans la responsabilité civile, París, 1983, nº 436, pág. 541).

#### 7. La remisión a la tasa de descuento del art. 565 del Código de Comercio.

El Codificador -en adecuada técnica legislativa- no reenvió la fijación a las tasas prescriptas en el código mercantil entonces ya vigente. Lo apropiado -desde una concepción que distinguía férreamente entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial (nº 277 de Pont)- era mantener las reglas de ambos. Desde la perspectiva decimonónica "las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común" (Vélez Sársfield y Acevedo en la nota de remisión del Código de Comercio citado en Galli, El problema de la causa y el Código Civil Argentino, Córdoba, 1936, pág. 18) de manera que era inadmisibile -al menos técnicamente- remitir desde lo general y ordinario (el Código Civil) a lo particular y excepcional (el Código de Comercio).

En todo caso, el interés legal previsto en el art. 622 podía remitirse eventualmente a la tasa de descuento como se hizo en Francia entre los años 1975 y 1989, pero ello surgiría de la decisión del Poder Legislativo reglamentario siendo impropia su inserción en el Código Civil mismo. Del mismo modo, la cuestión pudo haber sido resuelta mediante la imposición de un interés legal vinculado a los intereses de los mutuos civiles pero ello resulta dificultoso ante la inexistencia de un interés corriente al efecto.

#### 8. La adopción judicial analógica de la tasa prevista en el art. 565 del Código de Comercio.

a) La remisión a lo dispuesto en el código mercantil se basa en una doble analogía:

La analogía jurídica Los tribunales nacionales se remitieron a la tasa legal del art. 565 del Código de Comercio porque existía una similitud entre el mutuo civil y el mutuo

comercial (analogía jurídica). Lo importante es comparar la tasa de los préstamos entre particulares para adecuar el interés a estas pautas (ver Carbonnier y Terré), pero como en nuestro país no ha existido una tradición de interés legal ni pautas precisas en este sentido la analogía con el código mercantil se impone en estos casos. No es la tasa que el acreedor insatisfecho debe abonar para recibir el capital que su deudor no le pagó en tiempo oportuno como se señala en algunas ocasiones. Tampoco el interés que habría debido abonar el deudor si hubiese recurrido al banco (Colmo, De las obligaciones en general, Buenos Aires, 3ª ed. 1944, n° 431, pág. 294 y erróneamente citado por Busso, Código Civil, art. 622, pág. 293 n° 23 en referencia a la tercera edición al señalar que la tasa es la del banco porque es la que tiene que pagar el acreedor con cita de Planiol-Ripert y Esmein t. VII, n° 878).

La tasa que cobra el Banco de la Nación en los mutuos bancarios es análoga jurídicamente a la que cobra un individuo mediante un interés compensatorio a otro individuo en los mutuos civiles. Si se siguiera una analogía estricta habría que aplicar algún tipo de índice similar a los tipos de referencia que publica oficialmente el Banco de España para los mutuos referentes a créditos hipotecarios en un procedimiento que se asemeja al postulado planteado por Portalis respecto al interés legal necesario para las hipotecas. Sin embargo, no es posible recurrir a estos procedimientos cuando existe una fuerte dependencia del sendero trazado a través del procedimiento aplicado por analogía con sustento en el art. 565 del código mercantil y que evita los costos de transacción que podrían ser elevados en el cálculo del interés insertado en los mutuos civiles. Ello sobre todo si se tiene en cuenta, además, que las bases jurídicas de estos cálculos se efectúan con sustento en un mercado financiero de créditos hipotecarios (ver condiciones del Reglamento del Mercado Hipotecario de España en RD 685 del 17 de marzo de 1982 con referencia a operaciones activas y pasivas) y no en relación a créditos en particulares.

b) Analogía funcional. La remisión se funda implícitamente en una circunstancia cual es que en la concepción clásica de los intereses moratorios la tasa del interés por el préstamo comercial cumplía la misma función que la tasa del interés por el préstamo civil. El acreedor debe ser resarcido con la misma suma que habría obtenido de haber tenido a su disposición el monto al momento en que le era debido. Lo que podría haber retirado de esa suma es - genéricamente- lo que podría haber obtenido de haber prestado esa suma a otro individuo. La tasa del mutuo comercial cumple la misma función que la tasa del mutuo civil. La posición del acreedor (mutuante hipotético) que no puede disponer de su dinero es la misma que la del banco (analogía funcional). Desde luego que los depósitos bancarios -más allá de su naturaleza jurídica (ver Marsili, "Aspectos jurídicos del depósito bancario" en LL 1979-B, 863)- son -en el sentido económico- préstamos que el depositante hace al banco. Sin embargo, la distinción jurídica entre ambos conceptos -mutuo comercial y depósito- ya era, por supuesto, clara al momento de la sanción del Código de Comercio y del Código Civil El art. 8 de la ley 581 de 1872 de creación del Banco Nacional distinguía entre los depósitos en cuenta corriente, a plazos fijos o a la vista de las operaciones de préstamo. La idea básica aquí desde los comienzos de la jurisprudencia civil posterior a la sanción del Código es aplicar los intereses que cobra -y no los que paga- el Banco Nacional (ver Carette, Diccionario de la jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1908, t. 2, págs. 455 a 459).

9. La tasa del art. 565 del Código de Comercio se adopta porque es la tasa que podría analógicamente haber estipulado el acreedor de haber prestado la suma y no porque es

la tasa que tendría que haber pagado para obtener un préstamo por la falta de cumplimiento oportuno del deudor. El sistema original de Domat y de Pothier plasmado por los creadores del CCF de 1804 se sostiene en la presunción de que el interés legal se vincula a lo que el acreedor habría podido retirar de su dinero. La pregunta que surge aquí es de dónde surge la tradición reiterada en nuestra doctrina que justifica la remisión al art. 565 porque se trata de la que habría tenido que pagar el acreedor -mediante un acto independiente posterior (toma de préstamo)- por el incumplimiento del deudor.

La cuestión -según he podido encontrar aunque no descarto un caso previo- resulta de la lectura efectuada por Salvat (ver Tratado de Derecho Civil Argentino (Obligaciones en General), Buenos Aires, 1923, n° 494, pág. 197, nota 173, Tratado de Derecho Civil Argentino (Obligaciones en General), 2ª ed., Buenos Aires 1928, n° 494, pág. 201; Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones, 3ª ed., Buenos Aires, 1935, n° 494, pág. 205, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en general, 5ª. ed., Buenos Aires, 1946, t. I, n° 494, pág. 239) de un texto de Demolombe. Señalaba el autor argentino que la ley actúa racionalmente en estos casos "porque el acreedor ha podido obtener en plaza, en préstamo, el dinero debido por el deudor pagando ese interés; luego su perjuicio consiste precisamente en el monto de él". Esta apreciación se fundaba (ver nota 173) en citas de la doctrina francesa que se transcribía en estos términos "Conf.: Demolombe, XXIV, n° 619; Laurent, XVI, n° 306; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 504; Huc, VII, n° 153; Planiol, II, n° 268; Colin et Capitant, II, pág. 27." Pues bien, ninguna de estas citas respalda, en realidad, la racionalización que suponía Salvat. La frase de Demolombe sobre la que se asienta la afirmación transcripta sólo se interrogaba en los siguientes términos: "¿Podría el acreedor por cierto quejarse, de que se le acuerda el interés legal, es decir, el único (le seule) que, en general, un hombre honesto pueda retirar (retirer) de su dinero, y que es ese mismo que él habría prometido a su prestamista, si hubiese tenido que recurrir a un préstamo?" (ver la citada mención del n° 619, pág. 606).

Esta afirmación tiene una parte principal que define al interés legal -lo que se puede retirar del dinero- y una accidental y retórica que es su identificación con la tasa que se habría podido obtener. Es accidental porque depende de que se identifiquen las tasas del interés convencional y del interés legal. Esto tiene sentido práctico cuando hay un interés legal idéntico al convencional de modo que esa hipótesis -supuestamente racional y en realidad histórica y contingente- no se presenta en nuestro país porque el acreedor no necesariamente habrá de pagar lo mismo por el monto que reclama ante lo dispuesto por el art. 621 del Código Civil. Y es retórica -en el estilo habitual de ese autor galo- ya que sólo sirve para demostrar que el acreedor no debe quejarse. Este artificio persuasivo se transmite -ya casi como una afirmación- a Planiol (Traité Élémentaire de Droit Civil, 7ª. ed., París, t. 2, 1917, n° 268, pag. 92) -también citado por Salvat- con la misma reconducción del sistema tarifado al sistema práctico según el cual el acreedor -por lo general- no pierde nada porque toma a la misma tasa legal a la que está obligado el deudor.

Ahora bien, la restante cita clásica de Salvat nada dice de la tasa identificada con el monto del préstamo que eventualmente tiene que tomar el acreedor. Concretamente Laurent afirmaba que se fija la tarifa porque "esta es la utilidad que se retira (retire) de ordinario de una suma de dinero, porque el interés legal representa el interés corriente" (n° 306, pág. 366, in fine). Las restantes citas de Salvat son irrelevantes. Baudry-Lacantinerie y Barde, Obligations, 2ª ed., París, 1900, 2ª ed., t. I, n° 504 nada dicen

sobre el tema. Huc (*Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, París, 1894, t. 7 n° 153, pág. 219) se refería solamente a que los intereses no pueden sobrepasar la tasa legal, que el acreedor no obtendrá jamás menos y que para obtener esta tasa solo tendrá que probar el retardo y jamás una pérdida. Colin y Capitant (*Cours Elementaire de Droit Civil Français*, París, 1924, t. 2, pág. 27/8) sólo señalaban que la indemnización por el interés legal es calculado "según el rédito (revenu) que el dinero habría producido para el acreedor, si aquel hubiera podido colocarlo (placer) al momento fijado para su recepción". De las seis citas, una de ellas (Demolombe) se refiere al eventual préstamo como planteo retórico, otra (Planiol) hace una paráfrasis errónea al autor anterior adoptando lo accesorio y olvidando lo sustancial y las restantes (Laurent, Baudry-Lacantinerie y Barde, Huc y Colin y Capitant) mencionan lo que el acreedor habría podido retirar colocando su dinero a inversión. La versión simplificada de Planiol fue corregida -aunque parcialmente- por este autor en su obra conjunta con Ripert con la colaboración de Esmein (ver *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VII, Obligations, 2ª parte, París, 1931, n° 878, pág. 184) al repetir la posibilidad en el sentido de que el acreedor tome un préstamo a tasa legal o si quería invertirlo podría invertirlo también a la tasa legal precisando que sin embargo "sería más justo desde punto de vista tomar como interés legal una tasa dependiente de la data de descuento del Banco de Francia" (ver una consideración similar a la época de Salvat en *De Page, Droit Civil Belge*, Bruselas, 1933, t. 2, n° 140 pág. 158 nota 2).

Similares dificultades se advierten en una tradición textual relativamente independiente como la de Busso (*Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1958, t. IV, pág. 295, n° 239) quien afirmaba que es lógico que se tengan en cuenta los intereses que el Banco cobra y no los que el Banco paga, porque aquélla es la tasa a que deberá someterse el acreedor que por no tener su dinero a tiempo haya tenido que recurrir al crédito con la ya mencionada cita de Colmo (*Obligaciones*, 3ª. ed., n° 431 y Planiol, Ripert y Esmein VII; n° 878). Lo que era lógico en Derecho Francés clásico -en el cual las hipotéticas tasas activa y pasiva del mutuo civil eran teóricamente iguales- se utilizó a partir de estas citas para justificar la tasa activa porque es la que paga el acreedor. Lo que era una justificación retórica en el sistema del interés legal tarifado se convierte en nuestra doctrina en justificación analógica para el uso del art. 565 del Código de Comercio.

El problema se acentúa -en realidad, se crea- mediante la incorporación por Galli (*Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General*, 6ª. ed., Buenos Aires, t. I, 1952, n° 494, pág. 433 nota 173 a) de la teoría del daño emergente. Entendía Galli que la limitación del interés moratorio a los intereses corrientes no era apropiada y puntualizaba que "ello sería exacto, si existiese la libertad de obtener dinero con el solo pago del interés. Aún así, el acreedor que legítimamente espera el pago de su dinero para hacer frente a una necesidad suya, puede lógicamente imputar al incumplimiento del deudor el daño emergente que sufre". De este modo se introduce la idea del daño emergente mezclada con los intereses moratorios. Por supuesto que es posible reclamar el supuesto daño emergente y para ello renace el sistema del derecho común. Habrá que probar la pérdida sufrida o, en otro caso, el lucro cesante extraordinario en el caso particular, esto es, lo que se denomina actualmente la prueba del "daño mayor" -como bien señala Casiello en *Highton-Bueres, Código Civil y normas complementarias*, t. 2 A, Buenos Aires, 2004, pág. 477- al destacar que el único perjuicio propio que sufre el acreedor de dinero por el pago con mora consiste en la no percepción de la productividad normal del capital, esto es, la pérdida de los intereses corrientes.

Una vez que se une el ejemplo del acreedor que tiene que tomar el crédito con aquel que sufre con ello un daño emergente superior renace la teoría del daño emergente en el análisis del art. 622 que conduce a la consideración de las consecuencias mediatas y en la exclusión de los intereses corrientes por la tasa pasiva al considerar que éste es solo el lucro cesante como consecuencia inmediata. Esa cita de Galli es la que tomó Llambías - repitiendo la idea de la base racional innegable del derecho clásico francés- como fundamento para permitir la incorporación del hecho sobreviniente de la depreciación monetaria para señalar que en estos casos hay un daño efectivo sufrido por el acreedor no reparado por la tasa de interés corriente (ver Obligaciones, Buenos Aires, 1970, t II, n° 917, pág. 230 nota 89 y Buenos Aires, 1975, 2ª. ed. t. II-A, n° 917, pág. 220 nota 89). Como la depreciación monetaria era un hecho notorio fue posible unir así la teoría del daño emergente siendo innecesario probar este tipo de hechos para arribar a un mecanismo indexatorio que permitiera salir del lecho de Procusto del art. 622 influenciado por el más limitativo art. 1153 del CCF.

El problema real de interpretación se presentó cuando -como ocurre en Y.P.F. c. Provincia de Corrientes del 3 de marzo de 1992 (Fallos: 315:158 con disidencia de los jueces Belluscio, Petracchi y Moliné O'Connor)- la teoría del daño emergente se independiza de estos fundamentos en un contexto en el que no existe el fenómeno analizado por Llambías. Se constituye así una especie de teoría del daño emergente autónoma que parte de la base - errónea- de considerar que el daño emergente es el que se produce porque el acreedor ha debido recurrir a otras fuentes de crédito ante el incumplimiento de su deudor y que ese acto novedoso -la toma de un crédito por el acreedor originario- es un hecho que convierte a esta explicación en una consecuencia mediata excluida del régimen de las consecuencias inmediatas del lucro cesante en el cómputo del interés moratorio. No entraré aquí a discutir cuestiones relativas a la relación de causalidad o a la teoría del daño (ver Atilio A. Alterini, La Corte Suprema..., punto VII pág. 484 y Richard, "Las tasas de interés y las consecuencias mediatas en la responsabilidad civil" en La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg), Buenos Aires, 1995, pág. 295), porque lo que me importa señalar es que aunque se admita la teoría de la Corte Suprema de igual forma resulta consecuencia inmediata el lucro causado por la imposibilidad del acreedor de dar en préstamo la suma no percibida en plazo.

El problema que ha producido esta errónea lectura del sistema francés no queda limitado a un puro debate de crítica textual respecto a la filiación de las obras doctrinales nacionales. La consideración de Salvat y Galli transformada en una teoría del daño emergente y el lucro cesante produce estas consecuencias prácticas:

I. Se pasa desde una concepción en la cual el interés moratorio se calcula teóricamente según el monto que se retira de una suma de dinero a una teoría según la cual el interés moratorio se basa en la tasa del préstamo bancario al que se ha visto necesitado hipotéticamente de recurrir el acreedor por el incumplimiento del deudor.

II. Se transmite una idea justificativa que funcionaba en el derecho francés en el cual no había pérdida porque el interés era el mismo para el deudor (legal) y para el acreedor (interés convencional hipotético ante la falta de pago), situación que no se produce en nuestro país por la falta de limitación legal del interés convencional

III. Se considera la situación del acreedor civil desde la perspectiva de la tasa financiera que supuestamente se habría visto necesitado de obtener cuando la teoría originaria -y no racionalizada- sólo señalaba que la tasa moratoria se basaba en la tasa que habría podido obtener aquél si se le hubiera pagado en tiempo.

IV. Se permite el paso posterior a una distinción entre consecuencias mediatas e inmediatas del incumplimiento. La consecuencia inmediata sería así que el acreedor no puede invertir en el mercado financiero, que no es necesariamente lo que se tiene en cuenta en el marco del Derecho Civil en el cual el acreedor podría haber realizado un mutuo más favorable.

La consecuencia mediata consistiría -según la secuencia entre la obra de Salvat y la edición de Galli- en que hay un hecho conexo distinto cual es el acto de tomar un empréstito ante la falta de pago. Esta interpretación financiera del tema altera la consideración incluso si se acepta la distinción entre consecuencias inmediatas y mediatas.

V. En un paso posterior se considera que el no poder invertir es consecuencia inmediata y lucro cesante y el tener que reclamar un préstamo ante una deuda es consecuencia mediata y daño emergente que no merece ser reparado. Ahora bien si se considera - como hacía el derecho clásico francés- que la tasa aplicable es la que se retira de ordinario de una suma de dinero se sigue de ello que el eventual mutuo civil (y su también eventual interés en los términos del art. 621)- es tan consecuencia inmediata en un préstamo civil como el invertir el dinero en un plazo fijo en un depósito bancario a plazo fijo. El problema se introduce cuando se utiliza la racionalización de Salvat y Galli olvidando que ello se remite a un modelo histórico circunstancial en el cual el interés legal es igual al máximo del interés convencional.

A partir del ingreso en un sistema normativo en el que rige la libertad contractual y el mercado financiero -independientemente del hecho de la depreciación monetaria- la justificación racional ya no tiene sustento. Lo que se encontraba racionalmente justificado en un país no tiene ya sustento en otro.

Cuando la emenéutica del Derecho Civil se contamina a través de este pensamiento sustentado en una racionalización incorrecta para nuestro país con el consecuente fundamento de todo el sistema jurídico en el sistema financiero no se establece una interpretación sólo estructurada en base a una díada conformada por las tasas activa y pasiva. Lo que ocurre también es que se tiende a pensar que lo que se retira es únicamente la inversión en plazo fijo y no lo que podría haber obtenido el mutuante de haber prestado su dinero en el marco del Derecho Civil.

El interés de un mutuante civil -en nuestro país- tenderá a ser similar al interés del mutuo bancario. Se acerca el interés del préstamo civil al que se justifica indirectamente la remisión a la tasa que se cobra en el mercado de capitales financieros. Se trata de una máxima de experiencia en épocas de estabilidad: el mutuante corre más riesgos y cobra más interés que el depositante en un plazo fijo. La remisión a la tasa de los intereses del art. 565 del Código de Comercio encuentra así respaldo en el mismo Derecho Civil. La tasa moratoria del derecho civil no es tasa activa ni pasiva ni atiende a consideraciones relativas al daño emergente y lucro cesante. Se trata de una concepción sobre el uso eventual del dinero en un mutuo civil -o eventualmente en una locación inmobiliaria

civil- y la concepción de la remisión analógica a la tasa del Banco de la Nación se funda esencialmente en que ambas cumplen la misma función, esto es, retribuir el préstamo del capital.

10. El interés legal es tarifado ante los indefinidos usos que puede tener el dinero. El interés es fijado por la ley o seleccionado por el juez y no se aplican las consideraciones ordinarias relativas al daño emergente y el lucro cesante.

Las consideraciones del daño emergente y del lucro cesante derivan de una concepción tradicional ya superada. La tarifación del art. 622 no se asienta en la consideración de las consecuencias sino en la tarifación de los eventuales usos del dinero. No se habla de las consecuencias inmediatas o mediatas (ver Alterini, Ameal y López Cabana, Obligaciones, n° 645 bis, pág. 282) y cuando el sistema clásico de Pothier se refiere a daño emergente y lucro cesante su concepción remite a la ponderación de consecuencias más vinculadas a la moral que al derecho (ver Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1875, t. III, pág. 377). Estos títulos de daño emergente y lucro cesante no son otra cosa más que el cálculo de "la preciosidad del uso del dinero" (Carlos Mastrofini, Tratado de la usura, Barcelona, 1859, n° 585, pág. 324 y n° 588, pág. 326) y buscaban la justificación en el pensamiento tradicional -mediante una vía indirecta- del cobro del interés frente a la prohibición de todo lucro por el préstamo de dinero (ver por ejemplo, Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, Madrid, B.A.C. 1946, II-II, cuestión 78, art. 2 pág. 695). El régimen del derecho común se usaba para birlar la idea inaceptable en el pensamiento tradicional de que el dinero - como cosa consumible- tenía un precio de uso. Cuando se recurre a los conceptos de daño emergente y lucro cesante para determinar estas cuestiones se vuelve a este criterio que es totalmente distinto al contenido en el Código Civil que se refiere al interés corriente del capital (ver nota al art. 622).

El criterio que corresponde aplicar es el cálculo presunto del precio por el uso del dinero y no el examen de sus consecuencias. Si se examinan las consecuencias, esto es, si el acreedor debió tomar un crédito a mayor costo para reparar los daños, si quebró y por eso debió tomar a un usurero, si se considera que era ahorrativo y que presumiblemente lo hubiera guardado en su casa, se entra casi inevitablemente en el sistema del derecho común. Si se examinan los usos no hay que colocarse después del hecho sino en el momento que ocurre, esto es, cual es el uso eventual que habría hecho un mutuante civil de la suma en el momento en que no se le devolvió. La respuesta natural -y teórica- en el derecho clásico francés era prestarlo a otro deudor por una tasa similar y para ese fin se estipuló el interés legal y cuando éste dejó de cumplir esa función se recurrió a la tasa de descuento entre 1975 y 1989 y posteriormente se regresó al rendimiento medio de los bonos del tesoro a trece semanas que en el año 2008 representaron un interés del 3,99 % frente a una inflación del 2,8 % con el posible adicional de un 5 % más en caso de falta de cumplimiento de sentencia (ley 89-241 del 23 de julio de 1989).

11. El modelo francés se apartaba del régimen común indemnizatorio. Esta derogación operaba de este modo en el art. 1153 del Código Civil Francés y se hace extensiva a la aplicación del art. 622 de nuestro Código Civil.

a) El cálculo de la indemnización por la inejecución de las obligaciones de dar sumas de dinero se aparta del régimen común. Estas reglas se consideraban -al elaborarse el sistema tarifado o a forfait- sujetas a modificaciones y restricciones (Aubry y Rau,

Cours de Droit Français, 4ª. ed. París, 1871, t. IV, nº 308, pág. 107). Se trata de una derogación de las reglas del derecho común referente a la prueba del daño emergente y del lucro cesante (Baudry- Lacantinerie y Barde, Obligations..., t. I nº 503, pag. 474). La doctrina francesa señalaba así que a causa de la invencible dificultad de conocer el grado exacto del lucro cesante y del daño emergente es que se se hace una fijación forzosamente aleatoria mediante el interés legal (Huc, Commentaire..., t. 7 pág. 218).

b) El módulo del art. 1153 transmitido en sus notas esenciales en el art. 622 se basa en el precio del uso ordinario del dinero en el Derecho Civil y este precio nada tiene que ver con los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Se trata de una modificación de las reglas del derecho común aunque eventualmente se pueda fundar la tasa activa en el supuesto del arto. 505 inc. 2º del Código Civil. Los daños en este caso son fijados por la ley tratándose de una valuación equitativa mientras que en los otros casos la naturaleza de la obligación indica la especie de indemnización que puede ser debido en caso de inejecución (Toullier, ob. cit., nº 263, pág. 273). Es un precio que se calcula por la ley o se selecciona por el juez y que, en nuestro país, debe atender a las modificaciones que surgen del precio de los capitales (ver nota a los arts. 621 y 622). Se busca cierta tasa que está independizada del daño efectivo (Alterini, Ameal y López Cabana, Obligaciones, nº 1105, pág. 462).

c) El cálculo de este precio -a forfait- supone precisamente una regla de exclusión de los principios dogmáticos y formales del daño emergente y del lucro cesante para adoptar una presunción de daño que es previsto por la ley civil (ver Pothier, Traité de l'usure, nº 53, pág. 413 y nº 117, pág. 466). La ley o el mercado de capitales dan el precio del uso ordinario del dinero. El derecho clásico francés no recurría a estas disquisiciones. A pesar de las críticas que se le formulan injustamente, era esencialmente práctico en este punto. En todo caso los tópicos giran en la búsqueda de una tasa que se encuentre en el medio de dos propietarios de sumas de dinero; uno el que guarda el dinero en una caja y el otro el que lo requiere o lo presta a una tasa usuraria (Larombière,... com art. 153, nº 18 pág. 67).

d) La regla de exclusión mediante el uso del forfait en el art. 1153 e implícitamente en el art. 622 del Código Civil de las reglas de prueba del daño emergente y del lucro cesante lleva consecuentemente a que no sean aplicables los estándares del derecho común respecto de la apreciación de los concretos usos del dinero en cada contrato en particular. Esto es precisamente lo que entendió la doctrina clásica francesa. Los intereses compensatorios de las obligaciones de dar sumas de dinero (nuestros intereses moratorios del art. 622) no tienen consideración con lo que el acreedor ha sufrido o perdido de ganar (Pothier, Traité de l'usure, ob. cit., nº 117, pág. 466). Las circunstancias pueden hacer variar la esperanza de los beneficios ordinarios que pueden dar los medios de empleo existentes (Pont, ob. cit. nº 262, pág. 120) no existiendo ninguna relación cierta entre la inejecución de la obligación en dinero y la pérdida que resulta al acreedor (Laurent, Principes, t. 16, nº 306, pág. 365) de modo que la identidad invariable del objeto de la convención ha debido introducir la misma uniformidad en la apreciación del daño causado por el incumplimiento de la obligación (Larombière, com. art. 1153, nº 2, pág. 52). Concretamente si el acreedor de una suma de dinero hubiera podido obtener una indemnización por la pérdida que habría tenido y por la ganancia de la que habría sido privado -con sustento en los arts. 1150 y 1151 del CCF- los jueces se enfrentarían a dificultades insalvables y es por ello que la tasa legal "a una apreciación

necesariamente arbitraria la ley la ha sustituido por una fijación hecha por anticipado" (Colmet de Santerre, ob. cit. n° 70 bis, pág. 100 y Toullier, ob. cit. n° 264, pág. 276).

El sistema tarifado del derecho clásico francés fue trasladado por Vélez con una evidente diferencia cual es la remisión subsidiaria al interés judicial y su vinculación con una franja de variabilidad atada a la variación del interés de los capitales. Sin embargo, este método de consideración al interés convencional de los capitales no puede reconducir al método de cálculo del derecho común respecto de las obligaciones que no son de dar sumas de dinero. En todo caso, lo que conviene buscar es una tasa que -en las condiciones socioeconómicas actuales- sirva como indemnización tarifada adecuada para el acreedor y no una reconducción al sistema de división dogmática entre daño emergente y lucro cesante que, justamente, se quería hacer erradicar en estos casos. Los usos infinitos del dinero persisten y los problemas de su cálculo se mantienen independientemente de que se adopte el interés legal o un interés judicial vinculado al interés bancario.

Corresponde, entonces, descartar la teoría que pretende reintroducir el sistema de los arts. 519 y 520 del Código Civil a la hora de determinar la interpretación del art. 622 del Código Civil que ha sido usado como instrumento de análisis en estos casos. Santos Cifuentes advertía claramente este sistema formal y sustancial autónomo de las obligaciones de dar sumas de dinero (ver "Variaciones en el poder adquisitivo de la moneda y el cumplimiento de las obligaciones de dinero" en Estudio sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23928, Buenos Aires, 2002, pág. 40).

Se trata así de la trayectoria histórica de una teoría indemnizatoria tarifada a través de diversas etapas. Se parte así de una indemnización basada en la estimación de un daño consecutivo estrictamente homogéneo en base a un concepto simétrico que relaciona el préstamo y el monto de la suma debida determinado por el interés legal (Domat), se pasa al cálculo del daño moratorio bajo un régimen uniforme como un daño consecutivo relativamente homogéneo basado en el préstamo civil y en el interés legal (doctrina clásica francesa) o seleccionado por el juez (art. 622 del Código Civil) hasta llegar a un concepto que se aparta de estos principios que consiste en el cálculo de un daño heterogéneo revinculando el sistema tarifado al sistema común (conf. decreto 941/91) cuando la doctrina civil sostenía precisamente que no existe relación entre ambos modos de indemnizar. La distinción entre el daño emergente y el lucro cesante supone una reconducción al sistema que se quiso excluir mediante el forfait introduciéndose -con el cómputo de la diferencia entre tasa activa y pasiva- una cuña anacrónica en este sistema porque, como ya he dicho antes, la tasa de interés legal ninguna relación tiene con los conceptos de tasa activa y pasiva.

La cuestión queda, pues, limitada al cálculo de lo que se podría haber obtenido del dinero no pagado que no es la tasa de descuento del Banco de la Nación con sustento en los préstamos que podría haber tenido que asumir el acreedor. Esta explicación resulta de una errónea interpretación del sistema clásico francés y se basa indirectamente en el régimen del derecho común con consecuencias problemáticas en el orden hermenéutico. Tampoco resulta admisible considerar el rendimiento de la inversión en un banco público porque ningún mutuante civil estipula a un interés más bajo que el resultante de las convenciones usuales y lícitas (conf. Highton de Nolasco, ob. y lug. cit.). La renta a considerar es la correspondiente a la tasa eventual del mutuo civil y ante la inexistencia de ésta como precio corriente del dinero resulta admisible recurrir a la tasa del art. 565

del Código de Comercio que es una figura jurídica análoga (mutuo comercial) y cumple una función análoga (retribuir el préstamo del uso del dinero) a la que se encuentra en la base de la tarifación de los intereses moratorios en el art. 622 del Código Civil. La tasa del interés del art. 622 debe ser, por consiguiente y por razones jurídicas, la correspondiente a la tasa activa (préstamos) del Banco de la Nación Argentina.

Fdo. Fernando M. Racimo

Aclaración del Dr. Carlos A. Bellucci a su voto mayoritario impersonal dado al responderse a la tercera cuestión sometida a pleno:

Ante el resultado de la votación que alcanzó mayoría en la respuesta al interrogante tercero copete de este acuerdo, y toda vez que me encuentro encorsetado a votar una tasa del accesorio, he elegido la que más refleja -cual parejero- el envilecimiento de nuestro signo monetario. Me hubiera encontrado a "solaz" si los jueces quedáramos en libertad de aplicar los accesorios que realmente mantuvieran la valúa del capital de condena durante la mora del deudor que deba cumplirla. Estas razones sirven para explicar mi postura coherente y congruente durante todo el debate y a resultas de las votaciones logradas. También, para dejar la hendija, que se obtuvo por mayoría que integré al votar la cuarta "quaestio".

Fdo. Carlos A. Bellucci

Ampliación de fundamentos y disidencia parcial de la Dra. Mabel A. De los Santos:

Comparto la solución que propicia la mayoría de la Cámara en el acuerdo plenario respecto de las tres primeras cuestiones sometidas a votación. Sin embargo, he de formular algunas precisiones a los términos de mi voto a la tercera cuestión debatida en la reunión plenaria del 14 de octubre de 2008, que configuran una disidencia parcial.

En ese orden de ideas, si bien considero que la tasa de interés a pagar debe ser la activa por las razones expuestas en el voto a que adhiriera, entiendo que la aludida tasa no debe ser aplicada desde la fecha de la mora cuando se reclama judicialmente por deudas de valor.

Sostengo que a los fines de la función de casación que ejerce el plenario, corresponde distinguir como regla precisa de inaplicabilidad de la tasa activa desde la mora, el supuesto en que la obligación reclamada sólo se convierte en una suma de dinero con la sentencia, ya sea porque su determinación cuantitativa depende de prueba, de la estimación que realice el juez o de ambas.

En mi opinión, cuando el reclamo judicial se refiere a una deuda de valor la solución no puede ser la misma que cuando desde el inicio se reclama un monto determinado en dinero, aspecto en el que se sustenta la disidencia que formulo.

La cuestión ha sido el germen del debate entre quienes sostienen, siguiendo a la doctrina francesa, que los intereses debidos por el responsable en la responsabilidad extracontractual son "compensatorios" -y no "moratorios"- pues se afirma que el art. 622 del C. Civil se aplica a las obligaciones que tienen por objeto desde su origen una suma de dinero y no cuando "ésta entra como compensación de un daño sufrido" (conf.

Wayar, E., Tratado de la mora, p. 549/550, Abaco, Bs. As. 1981). También se ha sostenido que son "resarcitorios" porque su función radica en "asegurar al acreedor la reparación integral a que tiene derecho, evitándole el mayor perjuicio que pudiere significarle la demora en obtenerla" (conf. Busso, E., Código Civil anotado, t. IV, art. 622, n. 246, p. 321, Ediar, Bs. As., 1951).

No obstante compartir la descripción de tales particularidades, que son inherentes a la obligación de abonar intereses en las deudas de valor y que me llevaron a sostener que la pretensión respectiva se encuentra "implícita" y que los intereses deben computarse aún cuando no medie petición expresa de tal accesorio porque su función indemnizatoria surge de los arts. 506, 508, 511, 1069 y 1078 del C. Civil (conf. De los Santos, M., "La flexibilización de la congruencia: Muestreo jurisprudencial", L.L. 2007-F, 1278 y mi voto en el expte. 58777/96 "Matuk c. Transporte Automotor Riachuelo S.A.", CNCiv., Sala M, 21/10/2006, Rev. La Ley del 22/2/2007, LL 2007-B, 43), considero que la denominación del interés en la responsabilidad civil extracontractual no modifica la aplicabilidad del instituto de la mora.

En efecto, más allá del nomen iuris, los intereses en cuestión -ya se los llame compensatorios o indemnizatorios- son también moratorios pues al responsable se le impone la obligación de reparar el daño causado a partir del momento mismo de su producción, operando la mora automáticamente desde ese instante (conf. Pizarro, R.D., "Los intereses en la responsabilidad extracontractual", Suplemento Especial La Ley, julio de 2004, pág. 83, con cita de Llambías, J., Obligaciones, T. II, n° 907, texto y nota 56; Molinario, A.D., "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas", ED, 43-1157; Mariconde, O.D., El régimen jurídico de los intereses, p. 89, Lerner, Córdoba, 1977).

Pero ello en modo alguno implica que la tasa activa deba aplicarse desde el inicio de la mora cuando se trata de una deuda de valor cuya determinación cuantitativa se realiza en la sentencia.

No puede soslayarse que cuando se reclaman deudas de valor "los jueces fijan el monto de la indemnización teniendo en cuenta los valores de reposición al momento de la sentencia" (conf. Borda, G.A., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, Ed. Perrot, Bs. As., 1976). La deuda de valor permite la adecuación de los valores debidos y su traducción en dinero al momento del pago, proceso que puede contemplar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual se ha entendido que no se encuentran alcanzadas por el principio nominalista, siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda del valor adeudado al tiempo del pago (conf. Pizarro, R.D. - Vallespinos, C.G., Instituciones de derecho Privado. Obligaciones, T. I, n° 163, p. 372/375, Hammurabi, Bs. As., 1999).

Tal especial circunstancia, que se configura sólo cuando la determinación del monto depende de la estimación judicial -vale decir, no necesariamente en todo supuesto de responsabilidad civil extracontractual, pues un reintegro de gastos, verbigracia, no se hallaría alcanzado por la excepción- conlleva necesariamente la aplicación de la tasa que es propia de una economía estable, o tasa de interés puro, que según se estima debe oscilar entre el 6% y el 8% anual. Una solución contraria podría causar una seria alteración del contenido económico de las sentencias pues la tasa activa, vale decir, la que cobra el banco a sus clientes, contiene un componente tendiente a compensar la

depreciación de la moneda que, por consiguiente, se superpone, en términos de indemnización, con la determinación cuantitativa del monto del daño, que se realiza al tiempo del dictado de la sentencia y conforme los valores que rigen a esa fecha (conf. Alterini, A., "La Corte Suprema y la tasa de interés", LL, 1994-C-801/804; Chiaromonte, J.P., "Convertibilidad, desindexación y tasa de interés", ED, 146-321/338).

No constituye obstáculo a lo expuesto la prohibición de actualizar que estableciera la ley 23.928 y mantuviera el art. 4 de la ley 25.561, pues cuando aludimos a las deudas de valor no se trata propiamente de una actualización monetaria sino de una evaluación que se realiza al tiempo del dictado de la sentencia. Es por ello que nada impide que una deuda de valor se exprese en valores vigentes al momento del fallo.

Por otra parte no debe soslayarse que resulta de gran dificultad práctica y poca certeza técnica -máxime en un contexto de crisis económica mundial y probable depreciación monetaria- que el juzgador, a los fines de determinar el monto indemnizatorio en la sentencia, procure trasladarse mentalmente a los valores vigentes a la fecha de producirse el perjuicio que es causa del reclamo.

Tampoco debe olvidarse que es menester que la sentencia compense el perjuicio sufrido en términos actuales, por aplicación del principio de reparación integral. El referido requisito de actualidad de la compensación indemnizatoria no sólo es aplicable al aspecto económico, vale decir, a su determinación cuantitativa, sino también a la ponderación fáctica del daño. Es por ello que la determinación numérica realizada en la demanda se encuentra sujeta a lo que resulte de la prueba y a los hechos sobrevivientes que pudieren acaecer durante el curso del proceso judicial (conf. art. 163 inc. 6º, último párrafo, 260 inc. 5º "a" y 365 del CPCCN). Como consecuencia de lo expuesto, en materia de reparación de daños la congruencia con lo postulado no constituye un límite absoluto que impida al juez fijar el resarcimiento integral que corresponda (conf. De los Santos, M., ob. cit., L.L. 2007-F, 1278 y Suplemento Especial La Ley, octubre de 2005, "Cuestiones procesales modernas", pág. 80- 89).

Tampoco es óbice a la solución propuesta la vigencia del plenario de esta Cámara del 16 de diciembre de 1958, en autos "Gómez c/ Empresa Nacional de Transportes", que estableció que "los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos, se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación" (LL, 93-667 y JA, 1959-I-540) pues este fallo sólo indica el punto de partida del cómputo de los intereses, pero no impone que los mismos deban liquidarse necesariamente a la misma tasa durante todo el lapso de su cómputo.

Finalmente, debo señalar que coincido con la visión de que la tasa de interés moratorio tiene también una función moralizadora, de modo que debe contener algún plus que desaliente el incremento de la litigiosidad (conf. SCMendoza, en pleno, in re "Amaya c/ Boglioli" del 12/9/05, LL Gran Cuyo, 2005 -octubre, 911-T y SS2005, 747-IMP2005-B, 2809), lo que indica la conveniencia de aplicar la tasa pura más elevada durante el lapso que corre desde la mora hasta la cuantificación del daño en la sentencia. Con el aludido resguardo se hará posible compatibilizar la función moralizadora del proceso, que cumple la tasa de interés, con la prelación axiológica que tiene el deber de no desentenderse de los efectos económicos de la sentencia.

En síntesis, considero que en las deudas de valor no corresponde computar la tasa activa de interés durante todo el lapso que corre desde la mora, sino sólo a partir de la sentencia que determina su monto; solución que tiene por objeto evitar que se vea alterado el contenido económico del fallo y que -como efecto secundario probable- se produzca una reducción generalizada de los montos indemnizatorios a los fines de evitar la incidencia multiplicadora de la tasa de interés.

La pauta que propongo para neutralizar los riesgos de la aplicación de la tasa activa desde la mora hasta el pago considero que constituye una regla más precisa a seguir por los justiciables y determina un criterio cierto para la solución de los casos, que permitirá cumplir con más eficacia la función de casación limitada de todo plenario, aventando así la única hipótesis concreta de enriquecimiento ilícito.

Con esta salvedad, doy mi voto afirmativo a los interrogantes formulados por la convocatoria plenaria.

Fdo. Mabel A. De los Santos A la tercera cuestión por la minoría se pronuncia el Dr. Diego C. Sánchez

Fundamentos del Dr. Diego C. Sánchez

Por las razones dadas supra, a las que remito (principalmente la aplicación de la ley vigente -art. 622 del Cód. Civil; ley 23.928 y arts. 8 del decreto 529/91 y 10 del decreto 941/91, la actual jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, actual crisis financiera y económica global con reducción -fuera de la República Argentina- de las tasas de interés a casi cero, la relación, también actual, en el país entre el índice de precios al consumidor y las tasas activa y pasiva), he votado por mantener la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vazquez" y "Alaniz", es decir por continuar aplicando la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina; no corresponde -en consecuencia- hacerlo con ninguna de las tasas activas.

Y recordando que al dictaminar en "Alaniz" el señor fiscal de Cámara (ED 206-680) dijo que debía modificarse la tasa pasiva por excesiva, agrego:

III - 1) Se afirma por la mayoría que el Máximo Tribunal de la Nación expresó que una indemnización que no sea "justa" resulta inconstitucional, puesto que "indemnizar es...eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento", agregando que no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida" (conf. CSJN, in re "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688", del 21/9/04); se citan otros precedentes del Alto Tribunal que fijaron, por mayoría, tasa activa (22-12-94 Brescia, 02-11- 95 "Hidronor SA", 15-12-98 "S.M.C.", 10-04-03 "G.C.M" y "Valle").

La Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad, en su actual integración (30-05-06, "Cohen, Eliazar c/Río Negro Provincia de") ha decidido -por mayoría- que "Los intereses se deberán calcular con relación al daño reconocido en concepto de 'incapacidad' y 'daño moral' a partir del 10 de febrero de 1999 hasta su efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina"; en el caso el actor había sufrido severísimas lesiones estimándose su

incapacidad en el 90% (considerando 11). Así, aplicando la tasa pasiva, también lo había decidido el Alto Tribunal antes (19-08-04 "Serenar SA c/Buenos Aires"), y lo siguió resolviendo después (06-03-07 "Bustos c/ La Pampa", 12-08-08 "Reynot Blanco c/ Santiago del Estero" y "Provincia de San Luis c/ Graciela Puw Producciones").

III - 1 - 1) Algunos Superiores Tribunales de Provincias se han pronunciado en similar sentido, disponiendo la aplicación de la tasa pasiva; lo hicieron la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (causas Ac. 43.330, "Cuadern" y Ac. 43.858, "Zgonc", ambas del 21-05-91; "Yabra, Mario c/ Municipalidad de Vicente López D.C.A." del 27-11-96, ED 174-605, con nota de Carlos Aurelio Rago, "Ley de Convertibilidad y tasas de interés"); Ac. L. 76.156 del 17-07-02; Ac. 86.304 S del 27-10-04; Ac. 88.502 del 31-08-05 y 27-12-06 y "Cantera Gorina c/Municipalidad de La Plata", entre otros); la Corte de Justicia de Catamarca (02-09-05, "Morales c/Estado Provincial"); la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (12-09-05, "Amaya c/Boglioli", declarando que la tasa pasiva prevista en la ley provincial 7198 no es inconstitucional en sí misma, en abstracto), el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero (05-12-05, "Cardozo c/Taub"); otros tribunales Superiores han aplicado la tasa pasiva -incrementándola- o la activa, y lo propio ocurre con tribunales de primera y segunda instancias.

III - 2) La tasa de interés votada como aplicable por la mayoría en este plenario (activa cartera general -préstamos- nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina) es desde hace algunos años, y en la actualidad, cercana al 20% anual (antes fue aún mayor); en un mundo en que las tasas están muy próximas a 0%; en un país en que el incremento del nivel general del índice de precios al consumidor con relación al pasado año ha sido algo inferior al 7%, y la tasa pasiva de los plenarios que se pretenden revisar fue superior, entonces, al 8%.

Como si ello fuere poco, que por cierto no lo es, muchos de los colegas que han votado con la mayoría pretenden la aplicación de ese casi 20% anual a montos fijados a la fecha de la sentencia, pero estableciendo el dies a quo en las fechas de los perjuicios (en muchos de los casos la comisión del hecho ilícito).

Si así lo aplicara esta Cámara se constituiría (uso el potencial porque otros indicadores demostrarían lo contrario) en la mejor política de atracción de capitales; arribarían a "comprar juicios" y cabe esperarlos ante tan extraordinarios beneficios; en tal caso quienes hoy pregonan el aumento de la litigiosidad, verán mañana fracasado el sistema de mediación y colapsado nuestro fuero civil, como ayer lo fueron los del trabajo y comercial, según lo dije supra, que tenían tan "atractivas" tasas, indexación en su caso, para los demandantes, o los cesionarios, o los "beneficiarios", de sus créditos.

Como antes recordé, en el dictamen para "Alaniz" del entonces señor fiscal de Cámara (ED 206-680), bien sintetizó que debía modificarse la tasa pasiva por excesiva. Por cierto que no es una expresión aislada (ver trabajo de Carlos Schwarzberg, en suplemento de Derecho de Seguros de El Derecho del 31-12-08, antes citado); analiza el tema bien expuesto por Carlos A. Tanghe en el II Coloquio sobre Justicia y Seguro organizado por la International Judicial Academy ("¿Tasa de interés o valor corriente?"), explicando que toda tasa de interés contiene un "interés puro" y además una compensación por la desvalorización de la moneda, por lo que establecer valores

actuales, pero con intereses desde el hecho ilícito, produce una multiplicación del monto que lleva a resultados irrazonables.

III - 2 - 1) La mayoría en este plenario reconoce que en materia convencional -en que existe la libertad de contratación de la tasa de interés dispuesta por el art. 621 del Código Civil, en concordancia con los arts. 1137 y 1197 del mismo Código- los jueces la limitamos con fundamento en los artículos 16, 21, 502, 656, 953, 954, 1071, 1198 y concordantes del Código Civil. Y la limitamos -en contra de lo convenido por las partes y, en muchos casos, hasta sin pedido de ellas- estableciendo, por ejemplo, una tasa máxima total del 8% anual entre moratorios y punitorios para montos actualizados (v.gr. Sala A, 01-06-08 "Burbridge c/Noceti", Sala C, 05-06-08 "Perlman c/Miro, entre otras); aún para montos voluntariamente pesificados de dólares estadounidenses a pesos uno a uno, y provenientes de créditos por alquileres, se ha reducido la tasa de interés estableciéndola en el 20% anual por todo concepto (por ej.: Sala L, 30-06-08 "Valdez c/Gallardo"); lo reitero, en el 20% anual por todo concepto, es decir una tasa muy similar a la que en el plenario fijamos como moratorios para los supuestos no convenidos, en general de origen extracontractual.

En otros supuestos, provenientes también de créditos por alquileres, se ha reducido la tasa de interés convenida en los contratos de locación estableciéndola en el 18% anual por todo concepto (Sala A, 01-10-08 "Nikkon SA c/Banco Bansud SA", Sala E 07-07, "Lee, Kuany otro c/ Lambaryan, Haykuhi"); esta tasa es ahora inferior a la que hoy resulta, siempre a la fecha de dichas sentencias, de este plenario. Igual tasa se ha fijado en ejecuciones hipotecarias (Sala E, 11-08, "Instituto de la Vivienda de la Fuerza Aérea I.V.I.F.A. c/ Famea, Juan Ramón Carlos"; Sala F, 03-08, "Linares, Luis c/ Ferrando, Mauro Gabriel", entre otros).

Reducimos, así, las tasas convenidas que incluyen intereses compensatorios y punitorios, al 18% anual por todo concepto porque afirmamos la ilicitud de tasas mayores, porque consideramos los contratos contrarios a la moral y a las buenas costumbres; pero fijamos las no convenidas, moratorias, para obligaciones de dar sumas de dinero y también para otras, en un porcentual superior.

Así es, contradictoriamente aquí -en el supuesto del artículo 622 del Código Civil- en que somos los jueces quienes debemos fijar la tasa, por no haber ley ni convenio que la establezcan, en lugar de reducirla -como lo hacemos a diario con la libremente convenida, repito aun sin petición de parte en muchos casos- elevamos considerablemente la que veníamos aplicando, que no era baja por cierto ya que superaba la pura -últimamente también el índice de precios al consumidor- y se aplicaba, salvo excepciones como la bien fundada por la Sala E del Tribunal, (por ej. 04-11-05, "Torboli, Alberto Felipe c/Transportes Sol de Mayo C.e I.S.A."), a montos actualizados a la fecha de la condena.

III - 3) En su dictamen expresó ahora el señor fiscal de Cámara que los intereses constituyen la consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación, pues tienen por objeto resarcir el lucro perdido por el acreedor al no poder aplicar el capital adeudado a una inversión que genere la renta pertinente, vale decir, los intereses que aquél ha dejado de percibir. Desde esta perspectiva -sostuvo- el daño debe liquidarse mediante la aplicación de la tasa pasiva, pues ésta es la que hubiera obtenido el "accipiens" de haberle sido restituido el capital en tiempo oportuno. En cambio, si

ante el incumplimiento del deudor, el acreedor debió acudir a una institución bancaria para proveerse del capital adeudado, el daño no estaría configurado -como en el supuesto anterior- por el beneficio perdido, sino por los intereses pagados, de manera que se aplicaría la tasa de interés activa, habitualmente denominada "de descuento de documentos comerciales". No obstante, en este caso, la circunstancia de acudir el acreedor al circuito financiero no aparece como una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento comprendido en la presunción de causalidad establecida por el artículo 622 del Código Civil, sino como una consecuencia mediata que para ser asignada a la esfera de responsabilidad del deudor debe ser concretamente alegada y demostrada, exigencias que no se verifican en el caso (conf. Fallos: 315:158, cons. 36).

III - 4) Afirmó la mayoría -partidaria de la tasa activa- que la reparación plena e integral del daño injustamente causado alcanza también a la fijación de los intereses; citó el conocido precedente de la Corte Suprema (21-09-04, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688") y a Guillermo Borda ("Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T I, pág. 192 y ss., T II, pág. 493 y ss., La Ley, 2008).

Sin embargo, por un lado, el Alto Tribunal, en la actualidad y por mayoría, aplica para "la reparación plena e integral del daño" -como dicen- la tasa pasiva (ver supra III - 1); por otro lado, quien fue juez de esta Cámara, se había pronunciado claramente en la obra citada (Ed. Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 338, apartado 493-2): "a nuestro juicio, debe mantenerse como principio, la tasa pasiva".

III - 4 - 1) Sostiene la mayoría que la reparación que debe otorgarse a las víctimas de un daño injusto tiene que ser integral, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 1083 del Código Civil. Para que esa indemnización sea realmente retributiva, agregan, los intereses que devengue tienen que compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora y, a su vez, cubrir la pérdida de su valor adquisitivo.

Sin perjuicio de reiterar que la doctrina plenaria es aplicable a muchos otros supuestos (no obstante que el art. 622 del Cód. Civil se encuentre en el cap. IV De las obligaciones de dar sumas de dinero), no solo "a las víctimas", agrego que es incierto que no sea "integral" - como se lo entiende, y remito, para precisar el concepto, a Atilio Aníbal Alterini, "Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad", Lecciones y Ensayos, año 2000, N° 72/73/74- una compensación fijada en valores al tiempo de la sentencia con más la tasa pura de interés. En todo caso -aunque elevada en el supuesto- la pasiva (en los debates del art. 297 del CPCC muchos jueces de este Tribunal expresaron que, en sus Salas, se habían aumentado los valores referenciales del "valor vida", o del "punto de incapacidad", por ejemplo, con lo que se cubre la pérdida de su valor adquisitivo, y así es el resultado que surge de la base de datos de esta Cámara (<http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/civil/>); al aplicarle la tasa activa -que la incluye en alto grado, aunque también la pasiva- se multiplica tal pérdida, se repotencia el capital transformándose en anatocismo, en usura, alterándose el contenido de la sentencia y produciéndose enriquecimiento indebido en el acreedor.

Estimo que un ejemplo será suficiente para ilustrar lo dicho. La Sala "K", según resulta de la citada base de datos, dictó dos sentencias (los días 15 de setiembre de 2003 y 30 de diciembre de 2008), in re "Lanvers, Marta Leonor c/ Chiefo, Cristian Leonel" y "Gonzalez Carman, Carmen Sara y otro c/ Cabello, Sebastian y otro", respectivamente. Ambas tienen de proximidad las fechas en que ocurrieron los siniestros que las

originaron (21-10-99 y 30-08- 99); también que las víctimas fallecidas son de sexo femenino, de 30 años de edad la primera y 38 la segunda, las dos profesionales universitarias (psicóloga y veterinaria, respectivamente), siendo la primera de estado civil soltera y la segunda casada -también murió la hija de ésta, nieta de una de las reclamantes, en el hecho-.

En ambos casos reclaman las madres; en el primero también lo hacen el padre y el hermano, mientras que en el segundo el padre (de la hija, nieta de aquella actora) lo hace por separado y se le otorgan \$ 350.000, así discriminados: \$ 60.000 valor vida, \$ 220.000 daño moral y \$ 70.000 daño psicológico.

En "Lanvers" se fijó una indemnización total, por capital y para todos los actores, de ciento cuarenta y nueve mil pesos (\$ 149.000, así discriminados: \$ 8.000 valor vida, \$ 100.000 daño moral y \$ 41.000 daño psicológico) y en "Gonzalez Carman" de cuatrocientos treinta mil pesos (\$ 430.000, así discriminados: \$ 50.000 valor vida, \$ 300.000 daño moral y \$ 80.000 daño psicológico); repito con más los \$ 350.000 totaliza un capital de \$ 780.000.

Además de la desigualdad entre ambas indemnizaciones (\$ 149.000 y \$ 430.000, con su contrariedad con los valores individualizados supra II - 1), destaco que las madres reclamantes tenían edades, en el primer caso, de 56 años, mientras en el segundo de 74; la primera era comerciante y la segunda enfermera jubilada. Es innecesario ahora que agregue como se incrementaría la ya notoria desproporción si, además, en el segundo caso -y desde un día a quo similar al primero- se aplica la tasa activa (hoy cercana al 20% anual y en los primeros años de ese supuesto cómputo aún mayor), como lo pretende la mayoría (incluidos en ella los jueces de la Sala K que dictaron la segunda sentencia).

La doctora Elena Inés Highton de Nolasco (en coautoría con Gladys S. Alvarez y Carlos G. Gregorio, "Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico", LL 1997-C-1045) destacaba que es posible afirmar que los montos otorgados en las decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil reflejan una tendencia firme sobre el nivel en que los jueces fijan las indemnizaciones, que es posible inferir cierta normalidad o racionalidad en las decisiones (lo hacían en 1997 y a la luz del ejemplo dado pareciera que, lamentablemente, ello no es válido hoy). Concluían allí, y lo comparto, que "Una cierta cuota de incertidumbre es admisible pues no es esperable que todos los jueces resuelvan en forma idéntica casos similares, tampoco es posible hablar de casos estrictamente iguales. Pero sí es necesario que los montos indemnizatorios fijados en las decisiones judiciales guarden una distribución o tendencia razonable y una dispersión adecuada. Estos términos son generalmente citados como indicadores de: niveles aceptables de seguridad jurídica; operaciones de seguros predecibles y eficientes; y como una garantía de igualdad de todas las personas ante la justicia".

Finalmente destaco otra desigualdad entre las sentencias comparadas pues -habiéndose planteado en ambos casos la cuestión- en "Lanvers" se condena a la aseguradora en los términos de la cobertura del contrato de seguro (se admite el monto máximo asegurado) y en "Gonzalez Carman" no (se desestima la defensa de culpa grave imputada a un conductor en principio condenado por homicidio doloso, luego revocado a culposo).

En la H. Cámara de Diputados de la Nación se ha presentado un proyecto de ley (expte. 0092-D-2008, trámite parlamentario 001-03-03-08) que, en caso de ser sancionado, obligará a los jueces de todo el país a aplicar la tasa pasiva para créditos en pesos, incrementada en un 6% anual sobre saldos (aún en caso de punitivos, éstos no podrán ser superiores al 25% de dicha tasa), por todo concepto incluidos gastos; se dispone expresamente que "en tanto las tasas pasivas bancarias incluyen un beneficio adicional, compensatorio de la eventual depreciación de la moneda, en ningún caso se podrán aplicar las tasas máximas aquí establecidas juntamente con metodologías o parámetros de ajuste del capital original, debiéndose limitar la tasa máxima en pesos a un interés puro del 6% anual. Todo ello sin perjuicio que el acreedor invoque y pruebe un daño moratorio superior.

En sentido coincidente la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la actualización del capital debe llevar la reducción de los intereses para evitar una grave alteración de los valores contenidos en la condena (Fallos 308:2402, entre muchos otros).

III - 5) Aun en caso de duda, que no la tengo en atención a las normas legales, jurisprudencia y doctrina, índices y tasas que he referido, insisto en mi voto por la negativa.

Coincido en este supuesto con el voto del doctor Greco en "Vazquez" que contempla, incluso, el caso de acreedores que -en ciertas situaciones- pueden obtener un resarcimiento mayor: "Por consiguiente, si bien las tres soluciones enunciadas hasta ahora son pasibles de crítica, al no haber encontrado otra que no lo sea, opto por la tercera tesis que aplica la tasa pasiva. La considero, de las tres, la más ajustada al orden jurídico vigente, porque no consagra un despropósito -como la primera- ni configura un artilugio para eludir el cambio de sistema - como la segunda-. También es la menos nociva, puesto que con el alcance que la ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación permite a ciertos acreedores, en ciertas situaciones, obtener un resarcimiento mayor".

Fdo. Diego C. Sánchez

\* \* \* \* \*

A la cuarta cuestión por la mayoría se pronuncian los Dres. Ricardo Li Rosi, Hugo Molteni, Mauricio L. Mizrahi, Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Luis Alvarez Juliá, Beatriz L. Cortelezzi, Omar L. Díaz Solimine, Miguel A. Vilar, Diego C. Sánchez, Ana M. Brilla de Serrat, Fernando M. Racimo, Juan C. Dupuis, Mario P. Calatayud, José L. Galmarini, Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Carlos A. Bellucci, Beatriz A. Areán, Carlos A. Carranza Casares, Jorge A. Giardulli, Julio M. Ojea Quintana, Graciela A. Varela, Patricia E. Castro, Beatriz A. Verón, Marta del Rosario Mattera, Zulema D. Wilde, Oscar J. Ameal, Silvia A. Díaz, Lidia B. Hernández, Víctor F. Liberman, Marcela Pérez Pardo, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar.

Fundamentos de los Dres. Ricardo Li Rosi, Beatriz L. Cortelezzi, Luis Álvarez Juliá, Ana M. Brilla de Serrat, Mario P. Calatayud, Juan Carlos Dupuis, José Luis Galmarini,

Fernando Posse Saguier, Julio M. Ojea Quintana, Patricia E. Castro, Graciela A. Varela, Carlos R. Ponce y Elisa M. Diaz de Vivar

Según se dijo en el voto de mayoría vertido en el fallo plenario "Alaniz", es preciso tener en cuenta "que las tasas bancarias...contienen por un lado rubros que atienden a las ganancias como renta pura del capital y por otro al mismo tiempo a la eventual corrección de procesos inflacionarios, que aun mínimos deterioran la moneda en forma paulatina...El Banco de la Nación Argentina en el informe que ha proporcionado a esta alzada indica que los principales componentes de la tasa activa utilizada por la institución son la tasa ponderada, incluido el efecto encaje, costo total operativo, riesgo de mora e incobrabilidad, riesgo de tasa (para operaciones no calzadas), incidencia fiscal (ingresos brutos) y la utilidad esperada. En cuanto al primero de los rubros enumerados se expresa que es uno de los más importantes, que esta tasa si bien puede ser positiva o negativa en términos reales, en distintos periodos y según decisiones económico-financieras, está fuertemente marcada por tendencia y niveles de mercado, el que a su vez trae implícito el componente inflacionario...".

Y justamente por ello, por incluir ese componente inflacionario y por resultar positiva, es que en los votos emitidos por los suscriptos sobre la primera y tercera cuestión se consideró conveniente estar a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Ahora bien, cuando el capital de condena ha sido calculado en valores actuales, sea a una fecha anterior a la sentencia o a la fecha de la misma sentencia, sea mediante la aplicación de algún mecanismo indexatorio permitido hasta la vigencia de la ley 23.928 o en razón de computar directamente dichos valores, quedando de ese modo, hasta esas fechas, exento de deterioro a causa de la depreciación monetaria, la aplicación de la referida tasa activa hasta entonces importa tanto como compensar ese deterioro, por principio inexistente, incrementando en forma indebida el contenido económico de la condena y significando un enriquecimiento sin causa para el acreedor. Ello así, dada la composición de dicha tasa activa, que contempla -se reitera- el factor inflacionario. Debe entonces evitarse que el cómputo de estos accesorios desborde su finalidad que no es otra que dejar al acreedor indemne respecto de la lesión patrimonial producida por la falta de pago oportuno de su crédito, pero cuidando de no exceder su razonable expectativa de conservación patrimonial con apartamiento de la necesaria relación que debe existir entre el daño real y la cuantía de la indemnización (Fallos 316; 3054).

De ahí que, desatado en el país el proceso inflacionario en la década iniciada en 1970, recogida la distinción entre deudas de dinero y deudas de valor y admitido con relación a las primeras la revalorización de la deuda en función de la depreciación monetaria (C.N.Civ. en pleno, in re "La Amistad SRL", del 9/9/77; C.N. Esp. Civ. y Com. en pleno, in re "Consortio Av. Santa Fe 2683", del 13/6/80), la jurisprudencia replanteó la utilización de la tasa activa cuando el capital había sido actualizado, a fin de evitar con ello una indebida superposición de la repotenciación y el porcentaje del interés correspondiente al referido componente inflacionario, aplicando hasta el momento de dicha actualización una tasa pura de interés y solo a partir de entonces la tasa activa. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó la tasa del 6% anual (Fallos 292:428; 296:308 y 317, entre muchos otros) y también lo hicieron en general los tribunales civiles, mientras que los comerciales emplearon la tasa del 8% anual.

Es que si la finalidad de la indemnización acordada es enjugar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, dado su carácter resarcitorio según lo hemos destacado, no se aprecia que, cumplida tal finalidad, existe causa legítima que lo autorice a pretender que ingrese a su patrimonio una suma mayor que se tornaría así en un enriquecimiento indebido que el Derecho, como regulador de conductas humanas e inspirado en principios básicos como la Buena fe y la equidad, no puede tolerar.

En efecto, esa alteración del contenido económico de la sentencia se traducirá, de toda necesidad, en un enriquecimiento indebido del acreedor. Éste -reiteramos- verá satisfecho su crédito, en la generalidad de los casos, con el valor actual que se definirá en la sentencia al que se adicionarán, si fueren pedidos y respetando de este modo el principio de congruencia, intereses puros desde la mora hasta el dictado del respectivo pronunciamiento y luego de ello, la tasa activa cuya aplicación ha establecido, como doctrina, este plenario.

El principio que recuerda el codificador civil en la nota al art.784 en el sentido que "a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro" no ha sido sistematizado, pero las distintas disposiciones y notas que el ordenamiento contiene lo convierten no sólo en fuente de derecho sino en un principio general que dimana de la equidad y la buena fe y que, a diferencia del enriquecimiento sin causa, no ha menester de un correlativamente empobrecimiento del acreedor.

De ahí que por la simple comprobación que, en definitiva, se está indemnizando de modo superpuesto el mismo perjuicio, los jueces deberemos ajustar nuestras sentencias de modo de impedir -aun sin petición expresa del deudor perjudicado- que aquella violación del ordenamiento jurídico se consume mediante el arbitrio de retrotraer la aplicación de determinada tasa de interés.

Con tal alcance, pues, debe interpretarse que la tasa activa fijada en la cuestión anterior debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

Fdo. Ricardo Li Rosi, Beatriz L. Cortelezzi, Luis Álvarez Juliá, Ana M. Brilla de Serrat (con aclaración), Mario P. Calatayud, Juan Carlos Dupuis, José Luis Galmarini, Fernando Posse Saguier, Julio M. Ojea Quintana, Patricia E. Castro, Graciela A. Varela, Carlos R. Ponce, Elisa M. Diaz de Vivar

Fundamentos de los Dres. Carlos A. Bellucci, Jorge A. Giardulli y O. Hilario Rebaudi Basavilbaso

La tasa activa -definida como obligatoria según lo expuesto anteriormente- debe aplicarse desde el inicio de la mora del deudor y hasta el efectivo cumplimiento de la sentencia de condena. Pero, si el cómputo de la tasa fijada durante el lapso transcurrido altera el significado económico del capital configurando un enriquecimiento indebido los tribunales habrán de ser los encargados de asegurar que la tasa que en definitiva se perciba no desemboque en la situación de referencia.

Los jueces, en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia, al crear en sus sentencias la norma individual adecuada al caso concreto -justicia individual- deben realizar un juicio de valor -equidad- mediante la aplicación del conocimiento de la realidad social y de principios morales que tienen suficiente fuerza de convicción. Cada situación que se les presente para resolver debe serlo con un sentido flexible y humano (no rígido y formalista) a la que habrán de darle un tratamiento conforme a su naturaleza y circunstancias (conf. Bustamante Alsina, Jorge; "Función de la equidad en la realización de la Justicia", LL-1990- E, 628 y ss.) Con este enfoque, los Tribunales no deben desentenderse de los resultados económicos de las sentencias que dictan cuando producen verdaderos desajustes con la realidad. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación al descalificar decisorios que no cumplieron con esta premisa y sostener que se torna imperioso el examen de la realidad económica al momento de los pronunciamientos judiciales, ya que los mecanismos de actualización o la aplicación de tasas de interés sólo constituyen arbitrios tendientes a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica a partir de pautas de legítimo resarcimiento. Si ello no opera así el resultado se vuelve injusto objetivamente y debe ser dejado de lado, en tanto la realidad debe prevalecer sobre las abstractas fórmulas matemáticas (conf CSJN, in re "Ferro de Goce, Haydeé v. Asencio, Francisco y otros", del 25/2/2003, Fallos 326:259; en igual sentido CSJN, in re "Arasa S.A. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales", del 2/4/1996, Fallos 319:351; "Alfonsín Collazo, Jesús M. c/ Coptelezza, Juan M. y otro", del 28/8/2001, Fallos 324:2542; "Banco Popular Argentino S.A. c/ Ecuestre S.R.L", del 16/3/2004, Fallos 327:508; Ponce, Abel Astilve y otros c/ E.F.A", del 21/10/2008, La ley del 24/2/2009).

Ante la variación de la tasa de interés, producto de la actividad económica y de los restantes factores a los que se hizo referencia anteriormente, el rol de los magistrados es trascendente y constituye en definitiva la salvaguarda última del sistema al asegurar que la tasa que cobre el acreedor de un deudor en mora sea razonable.

En materia convencional, los jueces han venido haciendo uso de herramientas jurídicas que los facultan a atemperar resultados económicos disvaliosos. Pese a la libertad de contratación de la tasa de interés consagrada por el art. 621 del Código Civil, la jurisprudencia se ha encargado de limitarla con fundamento en los arts. 21, 502, 953, 954 y ccs. del Código Civil. Son numerosos los precedentes jurisprudenciales que ilustran sobre la morigeración de las tasas de interés cuando arrojaban un resultado abusivo o excesivo (conf. CNCiv., Sala L, expte. 61285, in re "Gombiski, Berta Rita y otro c/ Alvarellos, Francisco y otro s/ ejecución hipotecaria" del 19/2/04; CNCiv., Sala I, expte. 72749, in re "Landau, Diana Andrea c/ Rosales, Nélide Beatriz s/ ejecución hipotecaria, del 15/12/03; CNCiv., Sala H, expte 374425, in re "Russo, Nevio c/ Román, Juan Carlos s/ ejecución hipotecaria", del 3/7/03; CNCiv., Sala M, expte. 366669, in re "Cons. Prop. Torres Las Plazas S. Ruggeri 2940 c/Oscar Dato Robinson S.A. s/ ejecución de expensas", del 14/3/03; CNCiv., Sala D, expte. 83261, in re "Cons. De Prop. Ayacucho 1342 c/ Clerici Acosta, Yolanda Inés s/ ejecución de expensas", del 30/8/02; entre muchos otros).

Estas facultades de los jueces en materia de intereses también fueron reconocidas en la XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Se estableció como conclusión de lege lata (posición mayoritaria) que, a los efectos de la liquidación de los intereses adicionados al capital resarcitorio, si bien debía aplicarse la tasa activa ello era así sin perjuicio de las

facultades de morigeración del tribunal (Comisión n°2: Obligaciones "Cuantificación de la Indemnización por daños personales", LL, Actualidad, del 25/10/2007).

La función del juez en la aplicación de la tasa de interés consiste, entonces, en fijarla como un mecanismo que mantenga incólume el contenido económico de la sentencia, es decir, el valor real de la condena.

Por ende, la cuestión del cómputo de la tasa de interés durante el período de la mora radica en que el acreedor obtenga una justa reparación por el retardo en el cumplimiento de la obligación, situación que no se debe transformar en un enriquecimiento sin causa con el correspondiente empobrecimiento del deudor. Si bien el principio de la justa indemnización de raigambre constitucional (art. 17 de la Ley Fundamental) exige la reparación integral del perjuicio económico sufrido por el propietario, ese resarcimiento no puede convertirse en un enriquecimiento indebido (conf. CSJN; "Provincia de Buenos Aires c/ Saico S.A." del 1/1/85; fallos 307:1306).

Hechos ajenos a la voluntad del juzgador y de las partes que mutan aspectos patrimoniales, como la incidencia que pueden tener los fenómenos inflacionarios y los demás factores a los que se hizo referencia y que influyen en la variabilidad de las tasas de interés, pueden alterar el significado económico del capital de condena y configurar de este modo el mencionado enriquecimiento indebido.

En conclusión, cuando en el caso particular la tasa de interés activa -fijada como obligatoria por el tribunal y que tiene como objeto mantener incólume la significación económica de la condena- arroje un resultado objetivamente injusto ante la realidad vigente al momento del pago han de ser los jueces los que en la evaluación de estas circunstancias decidirán la aplicación de un interés distinto en el período comprendido hasta el dictado de la sentencia.

Fdo. Carlos A. Bellucci, Jorge A. Giardulli, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso

Fundamentos de los Dres. Beatriz A. Areán y Carlos A. Carranza Casares

Parece difícil responder negativamente a esta cuarta pregunta para sostener que la tasa de interés moratorio establecida no ha de correr desde el inicio de la mora.

Como se sabe, el deudor es igualmente responsable por los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación (art. 508 del Código Civil).

Y en particular el fallo plenario de esta cámara, "Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes", del 16/12/58, ha expresado que los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o de cuasidelitos se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de reparación.

La tasa activa, entonces, debe aplicarse desde el inicio de la mora del deudor hasta el efectivo cumplimiento de la sentencia de condena. Sin embargo, si su cómputo altera el significado económico del capital configurando un enriquecimiento indebido, habrán de ser los tribunales los encargados de asegurar que la tasa que en definitiva se cobre, no los cause.

Con este enfoque, los tribunales no deben desentenderse de los resultados económicos de las sentencias que dictan cuando producen verdaderos desajustes con la realidad. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente y desde hace dos décadas la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al descalificar las que no cumplieron con esta premisa, sosteniendo que "...se torna imperioso el examen de la realidad económica al momento de los pronunciamientos judiciales, ya que los mecanismos de actualización o la aplicación de tasas de interés sólo constituyen arbitrios tendientes a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica a partir de pautas de legítimo resarcimiento. Si ello no opera así...el resultado se vuelve objetivamente injusto y debe ser dejado de lado, en tanto la realidad debe prevalecer sobre las abstractas fórmulas matemáticas" (conf. CSJN, "Orfano, Domingo y otra c/ Bianchi, Salvador y otros", 28/05/1991, Fallos, 314:488; "Mieres viuda de Rodríguez Roberts, María Luz c/ Ameghino, Eduardo y otro", 20/10/1992; Fallos, 315:2558; "García Vázquez, Héctor y otro c/ Sud Atlántica Compañía de Seguros SA., 2/12/1992, Fallos, 315:2980; "Román Benítez, Lucio c/ Adolfo F. Guth y Asociados SRL. y otro", 22/09/1994, Fallos, 317:989; "Rizzi, Norberto Oscar c/ Cámara Industrial Gráfica Argentina", 14/09/2000; Fallos, 323:2562; "Ferro de Goce, Haydeé c/ Asencio, Francisco y otros", 25-02-2003, Fallos, 326:259; "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento", 01/06/2004, Fallos, 327:1881; "Banco Popular Argentino S.A. c/ Ecuestre S.R.L.", 16/03/2004, Fallos, 327:508; "Ponce, Abel Astilve y otros c/E.F.A. s/daños y perjuicios", 21/10/2008, La Ley Online).

En materia convencional, los jueces han venido haciendo uso de herramientas jurídicas que los facultan a atemperar resultados económicos disvaliosos. Pese a la libertad de contratación de la tasa de interés consagrada por el art. 621 del Código Civil, la jurisprudencia se ha encargado siempre de limitarla, con fundamento en los arts. 21, 502, 953, 954 y concordantes del citado código. Numerosos precedentes jurisprudenciales ilustran sobre la morigeración de las tasas de interés cuando éstas arrojaban un resultado abusivo o excesivo.

Las facultades moderadoras de los jueces en materia de intereses también fueron reconocidas en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La Comisión N° 2, que dedicada a Obligaciones, debió a abordar la "Cuantificación de la Indemnización por daños personales", estableció en el punto 8, por mayoría y de lege lata que, a los efectos de la liquidación de los intereses adicionados al capital resarcitorio, si bien debía aplicarse la tasa activa, ello era así sin perjuicio de las facultades de morigeración del tribunal.

Si bien el principio de la justa indemnización de raigambre constitucional (art. 17 de la Ley Fundamental y art. 2511 del Código Civil) exige la reparación integral del perjuicio económico sufrido por el propietario, ese resarcimiento no puede convertirse en un enriquecimiento indebido (conf. CSJN "Provincia de Buenos Aires c/ Saico S.A.", 13/08/85, Fallos: 307:1306).

El cálculo de la tasa de interés fijada en esta convocatoria desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia no debería alterar el significado económico del capital de condena, en cuyo caso, al responder a esta cuarta pregunta del plenario, el tribunal hace la salvedad aquí descripta, a fin de evitar la configuración del mentado enriquecimiento indebido.

Ello podría tener lugar si el monto de la sentencia se determina a valores al tiempo de su dictado de manera tal que, en el período transcurrido desde la mora hasta ese momento, se produjese una superposición con el componente de la tasa que contempla la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (conf. C.N.Civil, sala G, L. 170.074, "Guimarey, Ricardo c/ Transportes colectivos TTe. Gral. Roca Línea 21 S.A. y otro", del 21/6/95; íd. sala I, 07/03/2000; "Ruiz, Hipólito c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", La Ley, 2000-F, 485; íd. Sala A, 18/03/2003, "González Frutos, Vicente c. Radaelli, Luis M. y otros", DJ 2003-3, 99; id. sala C, 07/06/2007, "Arroyo, Carlos Alfredo c. Rearte, Julio César", La Ley Online; id. id. 05/09/2000, "Moyano, Juan C. c. Kraft Suchard de Argentina S. A.", La Ley, 2000-F, 989; íd., sala E, 31/08/2007, "Laserna, Marcos D. c. Truffa, Juan C", La Ley Online; íd., sala J, L. 5431, "Bataglia de Moro, Ana María c/ Clínica Modelo de Morón", del 25/9/08, entre muchos otros).

En conclusión, cuando en un determinado caso particular la tasa de interés activa - fijada como obligatoria por el tribunal y que tiene como objeto mantener incólume la significación económica de la condena- arroje un resultado objetivamente injusto ante la realidad, han de ser los jueces los que en la evaluación de estas circunstancias decidirán la aplicación de un interés distinto.

La respuesta al punto cuarto de este acuerdo plenario es entonces y con el mencionado alcance, por la afirmativa.

Fdo. Beatriz A. Areán, Carlos A. Carranza Casares

Fundamentos del Dr. Hugo Molteni

Los fundamentos a esta cuestión fueron expresados al responder el punto primero de esta convocatoria.

Fdo. Hugo Molteni

Fundamentos del Dr. Diego C. Sánchez:

Ya votada por la mayoría la aplicación de la tasa activa por doctrina plenaria, sin perjuicio de la convicción contraria en mi voto disidente y por mi obligación de hacerlo también en esta cuestión, sufragué afirmativamente.

Para que la "salvedad" -la cortapisa, limitación o restricción- aprobada, sea debidamente aplicada es preciso que, en todos los casos en que el capital de condena es fijado en valores a la fecha de la sentencia, no se compute la tasa activa; en su caso el adicional no podrá superar la considerada tasa pura del 6% anual (reitero una vez más que hoy, fuera de Argentina, la tasa es apenas superior al 0%); no tengo dudas que computarse una tasa cercana al 20% anual en montos ya corregidos por la inflación (sin necesidad de hacerse esta corrección necesariamente por indexación como sostuvo el integrante de la mayoría Dr. Ameal, en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el 15-12-08, después de la votación y contradiciendo su propio voto) es alterar el significado económico del capital de condena y configura un enriquecimiento indebido.

Distinta solución corresponderá cuando este capital de condena incluya gastos no realizados, o debidamente acreditados, o futuros; en estos casos, y otros semejantes, la

diferencia consistirá en que tampoco deberá incluirse la tasa pura. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que los intereses se deben calcular desde la fecha de los desembolsos (19-08-04, "Serena S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios" y otros antes citados). En igual sentido se ha pronunciado la doctrina (Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 163) sosteniendo (cuando luego del accidente y antes de demandar) "el damnificado hace reparar su automóvil y paga la reparación, no es justo que esta suma devengue intereses desde el momento del hecho ilícito, porque el desembolso (es decir, el daño efectivo sufrido por la víctima) se produjo después, de tal modo que hacer correr los intereses desde el momento del hecho, importaría un enriquecimiento sin causa, y hacerlos correr desde la demanda significaría una postergación irrazonable. Finalmente puede ocurrir que haya pagado los honorarios médicos después de iniciada la demanda. Todo esto demuestra que es injusto tomar en cuenta ya sea la fecha del hecho ilícito, ya la de la demanda. El principio debe ser que los intereses corran desde el momento del daño: así lo declaró un nuevo plenario de la Cámara Civil (se refiere a "Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes") (...) si se trata de pagos realizados por el damnificado como consecuencia del hecho, deben correr desde que estos pagos fueron hechos. Y si el damnificado no ha pagado todavía las reparaciones o los honorarios médicos o la restitución de la cosa destruida, no hay intereses".

Analizaré algunos probables supuestos de aplicación de este plenario, reiterando antes que al dictaminar el señor fiscal de Cámara en "Alaniz" (ED 206-680) precisó que debía modificarse la doctrina de "Vazquez" fijándose una tasa de interés -la mínima- que prudencialmente cubra la inflación desde la fecha de la sentencia en que se fija el monto de la indemnización hasta la fecha en que el deudor honre su obligación.

IV - 1) En primer lugar, respecto de la vigencia de este mismo plenario, debo precisar que solo podrá ser aplicado a las demandas que se inicien desde su dictado con sus fundamentos, desde su firma por los integrantes de este Tribunal.

En "Saffores, Luis o Juan Luis" (05-11-43, GF 167-105; JA 1943-IV-501 y LL 32-497), se decidió que la doctrina plenaria es aplicable a todas las actividades jurídicas que ocurran durante su vigencia, que una alteración jurisprudencial sobreviniente no tiene efecto retroactivo en cuanto a los hechos y actos jurídicos acaecidos antes de la mutación, aunque se trate de hechos o actos que no hayan originado contienda judicial, ni por consiguiente sentencias que hagan cosa juzgada; en "Kartopapel, S.A.C.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (15-07-77, ED 74-322; JA 1977-III-547 y LL 1977-C-366) quedó establecido que los fallos plenarios no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo.

La Sala M de esta Cámara (20-11-02, "Cahn Marcelo Ernesto c/ Empresa Monte Grande S.A.", LL 2003-C-154), con expresa referencia a "Saffores" y aplicando las leyes hoy vigentes, ha resuelto que "Cualquier cambio ulterior de la doctrina legal plenaria, aunque obligatorio para lo futuro, no puede derogar el goce del derecho adquirido conforme a las condiciones exigidas por la jurisprudencia plena antigua, porque reglamenta (sic) la libertad civil consagrada por el art. 19 de la Constitución Nacional: nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. La Corte Suprema de la Nación, ha sostenido esa interpretación irretroactiva con respecto al cambio de su "jurisprudencia reiterada", porque dicho alto tribunal tiene reconocido, que ni el legislador, ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su

interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior (Fallos 163:258, consid. 5° y G. del F. 96-167).

La doctrina legal sustentada por la Corte Suprema en reiterados fallos, a la cual deben - ha establecido la misma- en principio, conformar sus decisiones los jueces inferiores, sólo cumple aplicarla a los casos que pasen bajo su vigencia, "no teniendo efecto retroactivo", la doctrina legal que "después adopte la Corte" modificando la anterior. Y así, ha consagrado: que debiendo a los efectos de la jurisprudencia federal, atenerse al estado de cosas existente a la época de la demanda y de la contestación, el caso debe ser resuelto por aplicación de la jurisprudencia existente en aquella época y no de la que después adoptó esta Corte modificando la anterior (CS, Fallos 181:137 -La Ley, 11-227- y G. del F. 135-152)" (del voto del doctor Barraquero)", agregando que la obligatoriedad con la cual se ha dotado a las doctrinas plenarias (art. 303 CPCC) las asimila a una norma dictada por el Congreso, aunque la semejanza no sea absoluta. Y esta analogía que es evidente entre la obligatoriedad de unas y otras, impide que las doctrinas plenarias, que en todo caso vienen a decidir -en su carácter de sentencias- la interpretación obligatoria de una ley, superen a ésta última en su vigencia, por lo que no cabe que puedan aplicarse retroactivamente como no se lo hace tampoco con las nuevas leyes".

En la nota Lino Enrique Palacio ("Acerca de los efectos intertemporales de los fallos plenarios") expresa que el fallo se ajustó estrictamente a la justicia del reclamo y se respetó la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional).

Agrego, por mi parte, que entender lo contrario no solo afectaría la defensa en juicio, como nos lo enseñó nuestro muy apreciado maestro, sino también la propiedad (art. 17, Constitución Nacional); porque la muy elevada tasa activa que es hoy superior al 18% anual, fue muchísimo más alta aún en los últimos años del pasado siglo y los primeros de éste, como dije.

La Sala F (07-02-03, "Caffieri, Herminia c/Metrovías SA") igualmente se ha referido a tal garantía al decidir que "la nueva norma no puede ser de aplicación inmediata a los procesos sustanciados con anterioridad a su vigencia por cuanto tal aplicación resultaría sorpresiva y es susceptible de lesionar la garantía constitucional del debido proceso y la defensa en juicio (conf. Césari, Fernando J., "La reforma de la ley 25.488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en "JA", suplemento del 22/5/2002, pág. 3, N° II)".

Y además de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recién citadas cabe recordar que, en otros casos, también así ha resuelto el Alto Tribunal (15-04-86, "Tellez, María E. c/ Bagala, S. A.", Fallos: 308:552, LL 1986-C-167, con nota de Roberto Martínez Ruiz); ha precisado la Corte Suprema que la jurisprudencia debe ofrecer una guía clara para la conducta de los individuos (con cita de Fallos: 248:115, en la causa "Barreto, Alberto c/ Prov. de Buenos Aires", del 21-03-06, LL 2006-B-389).

IV - 1 - 1) En el citado caso "Marchese" (y en muchos otros allí individualizados) en la Sala D hemos admitido recursos contra sentencias en las que no se había respetado el principio de congruencia (CPCC: arts. 34, inc. 4, y 163, inc. 6), en las que se había afectado la garantía superior de defensa en juicio de las partes.

En este respeto al principio de congruencia los tribunales de segunda instancia están más obligados aún que los jueces de grado, pues no pueden fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión de éstos (art. 277 del CPCC).

Como se sostiene en el voto de la minoría debe considerarse que la seguridad jurídica está ligada al principio procesal de la congruencia y éste, a su vez, a las pretensiones de los litigantes -quienes en cada caso- precisan los términos de su reclamo con una pauta del interés que estiman adecuado. Son los propios justiciables al pedir una retribución de los daños los que guían a los magistrados en sus decisiones.

Reitero pues que la doctrina plenaria que hoy establecemos podrá ser aplicada a las demandas que se inicien desde ahora o -en algunos supuestos- a las anteriores en las que ya se hubiere pedido en el escrito de inicio, expresamente, la tasa activa de interés.

Y, con otra legislación, un especialista en el tema (Gorfinkiel, Isaac, "Los intereses de mora en las obligaciones civiles y comerciales", Ed. Del Foro SRL, Montevideo, Uruguay, 2000), nos enseña en su reflexión final (p. 97): "Aunque este rubro accesorio puede resultar de importancia secundaria -y ojalá lo sea cada vez más, si la tendencia estabilizadora y el agudo descenso de las tasas se mantiene- que el profesional recién lo asume, en la redacción de la demanda, al final de su tarea, cuando sólo se desea por fin terminarla, el objeto de este trabajo se habrá cumplido si logra que se le confiera al tema de los intereses de mora un tratamiento adecuado, peticionándolos en forma razonada, indicando la tasa que se pretende o se entiende corresponde, el momento a partir del cual deben devengarse y su capitalización cuando ella fuere procedente, lo que ayudará sobremanera al tribunal al decidir este aspecto del litigio".

IV - 2) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que el cómputo acumulativo de intereses que aplican en forma exponencial tasas que incluyen la actualización del capital para los efectos inflacionarios puede resultar en un despojo para el deudor, cuya obligación no puede exceder el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres, en cuya observancia está interesado el orden público (Fallos: 308:2402, 314:749, 760 y 881; 315:2558 y 2980; 318:912 y 1345; 320:158). En "Arasa S.A. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado" (02-04-96) se precisa que debe repararse en el resultado económico a que se arriba sin desentenderse de las consecuencias patrimoniales del fallo (O.54.XXVI. "Ojea Quintana, Martín María c/ Macesil S.A. y otros", fallada el 4 de mayo de 1995, entre otros), debiendo, cuando se llega a resultados que pueden ser calificados de absurdos frente a la realidad, que es ésta la que debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas (22-09-04, "Román Benítez, Lucio c/ Adolfo F. Guth y Asociados S.R.L. y otro").

También puede leerse en Fallos 326:259 (25-02-03, "Recurso de hecho deducido por Marcelo Alejandro Villaamil y José Villaamil en la causa Ferro de Goce, Haydée c/ Asencio, Francisco y otros", del dictamen procurador que la Corte hace suyo) que la suma de \$ ó U\$S 3.408.186,05 en concepto de indemnización por los daños sufridos por la actora (lesiones con leves secuelas) aparece como claramente irrazonable, y originada en el desquicio que motiva la aplicación automática de los índices de indexación y de tasas activas de interés, haciéndose imperioso el examen de la realidad económica al momento de los pronunciamientos judiciales (Fallos 316:1972; 315:2558), ya que los mecanismos de actualización o la aplicación de tasas de interés sólo constituyen

arbitrios tendientes a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica a partir de pautas de legítimo resarcimiento. Si ello no opera así, tal como sucede en autos, el resultado se vuelve injusto objetivamente y debe ser dejado de lado, en tanto la realidad debe prevalecer sobre las abstractas fórmulas matemáticas (Fallos 323:2562; 319:351; 316:1972; 315:2558, entre otros; ver en similar sentido 21-10-08, "Ponce, Abel Astilve y otros c/ E.F.A. s/daños y perjuicios", Fallos 331:2271).

Coincidimos con la mayoría en que se agravia a las víctimas, y a otros acreedores, si la indemnización resulta menoscabada; pero también se agravia al deudor en caso contrario, por ejemplo aplicando elevadas tasas de interés desde la demanda, o antes aún desde el hecho, sobre montos actualizados en la sentencia, lo que constituye una verdadera exacción de su patrimonio; bien se recuerda en su voto que se ha contemplado como un supuesto de enriquecimiento sin causa el pago de "intereses excesivos" (conf. Fernández Puente, María E.; "Aplicaciones del principio de enriquecimiento sin causa"; JA-2006-IV- 540).

La Sala C (27-06-06, "Nagel, Ana María c/Morrone, Francisco Omar y otros") ha resuelto, aunque para otro supuesto pero con conceptos aquí aplicables: "Solamente resta destacar que "los derechos constitucionales deben ser protegidos no sólo a favor de los acreedores, sino también de los deudores que podrían encontrar vulnerados aquéllos ante el mantenimiento de las pautas contractuales en un contexto totalmente distinto e imprevisible al momento de contratar, donde los riesgos asumidos por las partes han sido superados por los parámetros que impone la realidad"(CNCiv. Sala F, diciembre 27/2002, "Torrada c/Oscar Dato Robinson S.A.", E.D. del 6-3-2003, p. 6, fallo n° 51.598)".

En el citado caso "Rojas" expresamos que recientemente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (08-04-08, in re "Recurso de hecho deducido por Pablo Martín Arostegui en la causa Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.") ha reiterado la relevancia de considerar los valores actuales para establecer la compensación, priorizando la realidad económica.

Debemos establecer la compensación en valores actuales, pero en tal caso no es posible aplicar la tasa activa de interés que se decide en este plenario, porque se alterará el significado económico del capital de condena y se configurará un enriquecimiento indebido, lo que conducirá a la descalificación de la sentencia por el Alto Tribunal.

Con acierto (Josué Fernández Escudero, op. cit. y así se coincidió en "Alaniz") nos enseña que parecería que frente a otros temas jurídicos de "mayor importancia", la cuestión de los intereses es un tema menor, es un simple cálculo que se realiza en la etapa de cumplimiento de la sentencia definitiva. Sin embargo, y dada la historia de nuestro contexto económico, en tal cuestión resulta que está en juego el derecho de propiedad, tanto del acreedor como del deudor, derecho de rango constitucional.

IV - 3) Se ha resuelto respecto de la ley 24.283 que su amplitud y claridad no ofrece dudas al intérprete acerca del ámbito material omnímodo establecido por el legislador. Así se ha decidido: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación en reciente fallo, referido a la aplicabilidad de la ley 24.283 a la cláusula penal, para declarar arbitraria la sentencia apelada (doctrina aplicable "mutatis mutandi" al caso en examen), dijo:

"...resulta objetable la conclusión de la alzada referente a que la obligación de dar sumas de dinero derivada de la frustración de una compraventa inmobiliaria y pago de una cláusula penal no se encuentran comprendidas dentro de las previsiones de la ley 24.283, pues mediante la simple lectura del único artículo de la ley surge que dicha norma se refiere `al valor de la cosa o bien o cualquier otra prestación´. La amplitud y claridad del precepto legal se robustece más aún con su último párrafo, al declarar que `será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas´ sin ofrecer dudas al intérprete acerca del ámbito material omnímodo establecido por el legislador" (conf. causa B. 541.XXVIII, `Bolaño, Miguel A. c. Benito Roggio e Hijos S.A. -Ormas S.A. Unión Transitoria de Empresas proyecto Hidra´, fallada el 16/5/95 -LL, 1995C-, 74), y agrega en el mismo fallo que: "...desde esa perspectiva, es igualmente descalificable la afirmación de la alzada atinente a que la obligación que pesaba sobre la demandada se encontraba causalmente dissociada de la suerte registrada por el valor de mercado de los inmuebles involucrados en el pleito, pues el deber de restituir y resarcir los daños y perjuicios tienen su origen en la frustración de la operación de compraventa inmobiliaria, motivo por el cual las variaciones producidas en el valor de mercado de los departamentos prometidos en venta constituyen una pauta válida para efectuar la comparación requerida por la ley 24.283" (CS, "in re" "Galiano, Miguel F. c. V. A. Tuelles y Compañía S.A., sent. del 1/4/97, publ. en JA, ejemplar del 4/3/98, N° 6079) (08/09/1998 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del voto del Dr. San Martín in re "Pezoa, Miguel A. c/ Funes, Juan C.", LLBA 1998-1210"); ver también en similar sentido, la causa antes citada resuelta el 21-10-08, "Ponce, Abel Astilve y otros c/ E.F.A. s/daños y perjuicios", Fallos 331:2271.

La hipótesis, al aplicar la ley 24.283 y una tasa de interés de casi el 20% anual (hoy, porque antes fue mayor como dije), puede darse en muchos supuestos.

Se ha decidido, por ejemplo, que cuando la reparación de una cosa dañada (v.gr. un automóvil) resulta antieconómica porque su costo es superior al valor de la cosa en el mercado, corresponde fijar la indemnización en este valor (v.gr.: CNCiv., 18-04-08, Sala G, "Ardizzi c/Rodo Hogar SA", en Gaceta de Paz del 06-11-08).

Con la alta tasa que admite la sentencia plenaria que dictamos es posible que un monto de reparación originariamente inferior al valor de la cosa, termine superándolo; salvo alguna circunstancia particular habrá que estar a la proporción, o al valor de la cosa por los fundamentos de la jurisprudencia que acabo de referir, las mismas normas de la ley 24.283 y del artículo 1094 del Código Civil.

IV - 4) Expresó el doctor Greco al votar en un plenario anterior de este Tribunal (26-10-93, "Corsetti de Patrignani, Irene c/ Martínez, Regino y otros", ED 156-457, JA 1994-I- 239, LL 1994-A-292): "Se dijo en el debate, aunque no consta en el voto de minoría --únicoque conozco al elaborar el presente- (...) ignoro si habrá alguna ampliación de fundamentos del de minoría que es el único que conozco --si llegara a presentarse otro, por el mecanismo del plenario no puedo llegar a considerarlo al entregar este voto--, me detengo aquí". Así me ocurre y concluyo.

Fdo. Diego C. Sánchez

Fundamentos del Dr. Fernando M. Racimo:

I. La respuesta a la pregunta 4 se justifica a raíz de las dificultades prácticas que suscita la indemnización compensatoria en las obligaciones que no son de dar sumas de dinero. El interés del art. 622 del Código Civil se aplica básicamente cuando se trata de dar sumas de dinero y las interpretaciones que intentan extender su régimen a la indemnización de otro tipo de obligaciones producen serios desajustes cuando el monto se calcula al momento del dictado de la sentencia.

Estoy personalmente convencido que el sistema del art. 622 del Código Civil no resulta aplicable a otras obligaciones que no sean las de dar sumas de dinero. Pienso que el sistema funciona adecuadamente en aquellas obligaciones de dar sumas de dinero que lo son inicialmente y por sí mismas (Marcadé en *Explication Théorique et Pratique du Code Napoleon*, 6ª. ed. París, 1869, t. IV, pág. 467) y que la situación es fáctica y jurídicamente distinta respecto de aquella reparación del daño "que debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez" (conf. el derogado art. 1083 del Código Civil). Se suscita aquí una distinción entre la estimación o ponderación de una entidad "daño" y otra cual es la valuación o traducción en moneda de pago de aquella entidad valiosa (Casiello, "Los intereses y la deuda de valor", LL 151 en 869). La cuestión se halla en el mismo método de reparación de este tipo de daños y existía antes de la conocida distinción doctrinal entre deudas de dinero y deudas de valor.

Más allá de estas convicciones, adelanto que la solución en este punto ya ha sido suministrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto ha señalado que no resulta tampoco contrario a las leyes que prohíben el uso de la indexación. Concretamente dicho tribunal precisó en la causa "De la Cruz de Sessa, Adela M. c. Sessa, Alejandro, Julio s/divorcio 67 bis" -del 30-1-93- que resulta indiferente a los fines de la ley que el objeto inmediato de la obligación sea el dinero o un valor abstracto que permita al acreedor adquirir ciertos bienes. Lo decisivo es el momento en que la obligación se determina en una concreta suma de dinero, pues a partir de allí rige, sin excepciones, la prohibición de estipular mecanismos de ajuste automático por depreciación monetaria o de actualizar la deuda más allá del 1º de abril de 1991.

El problema no está en la distinción doctrinaria relativamente moderna entre deudas de dinero y deudas de valor. No es necesario recurrir a ese planteo de la doctrina para hallar la dificultad. El conflicto ocurre porque actualmente la palabra interés se refiere a dos conceptos distintos. La palabra interés usada por Vélez no equivale a la palabra interés usada en los tiempos modernos. Los equívocos que han originado esta indistinción son múltiples (ver Alberto D. Molinario, *Del interés lucrativo contractual*. Separata, Buenos Aires, 1972). No se trata de un invento de los juristas sino que los mismos economistas distinguen ambos conceptos. Es así que cuando se considera un interés que contempla la depreciación no corresponde acumular el interés nominal a una indemnización establecida a valores actuales (ver Barbero, *Intereses monetarios...* pág. 69).

En realidad, el tipo de interés expresado como el aumento del valor monetario de una inversión es el tipo de interés nominal mientras que el tipo de interés real mide el rendimiento de una inversión como el aumento de la cantidad de bienes que se pueden comprar y vender y no como el aumento del valor monetario de la inversión. Desde esta perspectiva el tipo de interés real se determina con una fórmula según la cual el tipo de interés ajustado para tener en cuenta la inflación es aproximadamente igual al tipo de interés nominal menos la tasa de inflación. Señalan los economistas que los resultados

que se obtienen con esta fórmula son bastante precisos siempre que la tasa de inflación sea baja y destacan -en términos que transcribiré textualmente- que "al calcular los valores actuales, lo único que hace falta es ser coherente. El tipo de interés nominal se puede utilizar siempre que todos los pagos se especifiquen en dólares. Si los pagos futuros no están expresados en dólares de los años futuros sino, más bien, en términos reales (es decir, en función del poder adquisitivo de los dólares de este año), entonces se debe utilizar el tipo de interés real" (Fischer y Dornbusch, Economía, México, McGraw-Hill, págs. 397 y 398). Se trata de otro concepto de interés que mide el rendimiento de las inversiones en bienes y servicios reales y no en términos monetarios (Samuelson y Nordhaus, Macroeconomía, 16ª ed., Madrid, 2001, pág. 468). Se considera así que el tipo de interés real está dado por la diferencia entre el tipo de interés monetario y el aumento porcentual del precio (Samuelson, Curso de Economía Moderna, 17ª ed., Madrid, 1976, pág. 664).

La cuestión no es puramente la adición de componentes distintos al denominado "interés puro". El problema es más profundo en tanto el componente estructural de la tasa de interés que se hallaba únicamente dirigida al cálculo del valor monetario de la inversión a medida que la tasa de inflación crece tiende a orientarse al cálculo del riesgo eventual por la pérdida del poder adquisitivo del dinero en un tiempo futuro. Desde esta perspectiva si, a la inversa, se calcula una indemnización al momento actual en relación a un bien naturalmente se lo correlaciona con la suma de unidades monetarias necesarias para adquirirlo -o repararlo- en el mercado. En este caso y como señalaban estos renombrados economistas lo que hace falta es ser coherente. No es posible utilizar así el interés nominal sino que debe acudir al interés real. La distinción entre deudas de valor y de dinero es útil pero resulta, en definitiva, derivativa de este nuevo concepto de interés que atiende al proceso de depreciación monetaria.

Aclaro en este punto que entiendo que inequívocamente la doctrina correcta supone calcular el interés -para los hechos ilícitos- desde el momento de la configuración del daño (conf. plenario "Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes s/ daños y perjuicios", del 16/12/58) hasta el momento del efectivo pago. La dificultad contenida en esta solución es que fue arbitrada en un tiempo en el cual se comenzaba a valorar el daño al momento de la sentencia sin haberse incrementado la tasa de inflación en un grado importante. Ello no originó controversias en tanto el plenario Gómez no estableció tasa alguna en este punto de modo que se siguió utilizando durante un tiempo la tasa de descuento. Por otra parte, algún integrante de esta Cámara -concretamente el Dr. Fliess- ya percibió en aquel momento los desajustes que causaba la consideración explícita del proceso de depreciación monetaria respecto a los modos de reparar dejando específicamente indicado en aquel momento la necesidad de una reparación integral para la víctima.

Debe tenerse en cuenta, además, que si no se considera esta modificación del sentido mismo del concepto de interés se crea una preferencia a favor de una clase de acreedores. En efecto, la simetría entre el acreedor de una suma de dinero y el acreedor de una indemnización compensatoria sólo puede sostenerse cuando el quantum de la obligación y la determinación del quid de la obligación respectivamente son establecidos a los momentos históricos. Cuando la sentencia establece el monto de lo adeudado a valores actuales y se calcula la tasa de interés con el componente de depreciación monetaria desde la fecha del daño se computa dos veces la depreciación monetaria y se favorece a un tipo de acreedor sobre el otro.

Se dirá en este punto que es posible fijar el monto adeudado sin mencionar la fecha a la cual se calcula la indemnización. Este procedimiento es, desde luego, posible y nada tengo contra ese criterio salvo que encubra, precisamente, lo señalado en el párrafo anterior, esto es, que el cálculo se efectúe al momento de la sentencia aunque ahora sin decirlo explícitamente.

Como se advierte el problema no es sólo que no se entienda correctamente el concepto mismo de interés. La dificultad se halla en que los modos de reparar fueron profundamente modificados en nuestro país a partir de la década del 50 a un punto tal que ha sido tomado por canónico el cálculo al momento de la sentencia.

No siempre fue así y es necesario destacar las razones de este doble desajuste del modelo: el referente al interés y el referente al cálculo al valor actual.

II. La disyunción entre cálculos a valores históricos y a valor actual no había existido en nuestra jurisprudencia hasta que se importaron los modos de reparación -para usar la terminología de los Mazeaud y de Chartier- explicitados por la Cámara de Casación Francesa en la década del 40. En realidad, la tan injustamente criticada doctrina clásica francesa pronto creó un doble régimen de cálculo de los intereses. Se estableció un régimen de intereses moratorios para las obligaciones de dar sumas de dinero y otro excluido del régimen del art. 1153 para el cálculo de la indemnización en la responsabilidad extracontractual. La doctrina y la jurisprudencia francesas se apartaron al principio por razones esencialmente vinculadas a la fecha de cómputo de los intereses del régimen tarifado (ver Pizarro, "Los intereses en la responsabilidad extracontractual" en Suplemento La Ley Intereses 2004, pág. 75), pero esa separación permitió posteriormente crear arbitrios para introducir el método de cálculo de la indemnización al momento de la sentencia.

La doctrina ha considerado así lo relativo a la cuestión del diverso régimen entre la responsabilidad contractual y la extracontractual a la hora de considerar el momento de inicio del cómputo de los intereses según una doctrina constante (Aubry y Rau, Cours de Droit Français, 4<sup>a</sup>. ed. París, 1871, t. IV, n° 445, pág. 477 y n° 308, pág. 99; Larombière, Théorie et Pratique des Obligations, t. VII, art. 1382 n° 27 pág. 557; Colmet de Santerre, Cours Analytique..., París, 1865, t. 5, com. art. 1153, n° 70 bis, pág. 100; Toullier, Le Droit Civil Français..., París, 1867, t. 6 ; Demolombe; Traité des Engagements qui se forment sans convention, París, t. 8 n° 476, pág. 412 y n° 685, pág. 590), el concepto de intereses compensatorios judiciales independientes de su carácter líquido (Zachariae, Le Droit Civil Français con anot. de Massé y Vergé, París, 1857 t. 3, nota 10 y pág. 396 n° 547 y especialmente Demolombe, Cours..., t. XXIV, n° 612, pág. 601, n° 613, pág. 602 y n° 634, pág. 617; Larombière, ob. cit. T. 2, 1885, arts. 1153 n° 19, págs. 68 y 101) y el posterior reconocimiento de intereses compensatorios en tasa superior a la legal en la responsabilidad delictual para justificar el daño independiente del retardo (ver el Cours de Droit Civil de Aubry y Rau en su 5<sup>a</sup>. ed. revisada por G. Rau, Ch. Falcimagne, y M. Gault, París, 1902, t. IV, n° 308, pág. 157, nota 19). Ni siquiera después de la sanción de la ley de 1900 que admitió el curso de los intereses desde la fecha de la intimación extrajudicial (Baudry-Lacantinerie y Barde, Des obligations, París, 2<sup>a</sup> ed., 1905, t. 3, segunda parte, n° 2878, pág. 1114 y nota 3) surgió una regla asimilable entre los dos métodos reivindicándose la apreciación soberana del juez en la cuantificación del daño (Gardenat y Salmon-Ricci, De la responsabilité civile (délits et quasi-délits), París, 1927, pág. 246, n° 130; Baudry-Lacantinerie, ob. cit., 2<sup>a</sup>.

ed., t. 3, 2ª parte, nº 2870, pág. 1099 y Sourdat, *Traité générale de la responsabilité*, París, 1902, 5ª. ed., T. I, págs. 120 y 584) y a partir del incremento del fenómeno creciente de la depreciación monetaria la explícita referencia al carácter constitutivo o declarativo de las sentencia con la elaboración de modelos de indemnización evaluando el daño al momento de la sentencia (ver León Duguit, *Traité de Droit Constitutionnelle*, 3ª. ed. París, 1928, t. 2, 1ª parte, págs. 484 a 488; Planiol y Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français, Obligations*, t. VI, primera parte, París, 1931, nº 682, pág. 923; Savatier, *Traité de la responsabilité civile en Droit Français*, París, 1939, t. II, nº 619, pág. 204 y nº 620, pág. 205; Lalou, *Traité Pratique de la responsabilité civile*, París, 4ª. ed., 1949, nº 73, pág. 42, nº 181, págs. 125 y 128) y al cómputo de los intereses (Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1965, t. V, vol. I, nº 1133, pág. 183 y nº 139, pág. 187) y finalmente con la admisión legal de los intereses moratorios agravados a partir de la sentencia (modif. al art. 1153-1 por ley de 1989 según Viney, *Traité de Droit Civil. Introduction a la responsabilité*, París, 2ª. ed, pág. 308). Es dable señalar que se ha llegado incluso -en esta separación de ámbitos- a la creación de una categoría doctrinaria de intereses que corren entre la fecha del daño y la de la sentencia en la que no rige presunción de daño y en la que el juez puede fijar o no cualquier tipo de interés ala tasa que estime conveniente porque no rige el sistema tarifado (Mazeaud y Tunc, *Traité théorique...*, 5ª. ed., París, 1957, t. III, nº 2297-3 pag. 497).

La jurisprudencia francesa de la Corte de Casación a la época de la sanción de nuestro Código Civil ya daba una amplia discreción al juez en la determinación del daño en la responsabilidad extracontractual y utilizaba diversos procedimientos para evitar la equiparación de ambos sistemas para lograr la reparación integral de la víctima desde el momento del daño. En este sentido es ilustrativa la decisión de esa Corte del 18-12-66 disponiendo que el punto de partida de los intereses moratorios del régimen convencional que tienen por objeto una cierta suma de dinero (art. 1153) no es aplicable a los daños que surgen de los delitos (art. 1382) que el juez es libre de reglar la indemnización debida sea mediante una suma fija y determinada, sea por medio de una suma principal y una asignación de intereses que tienen un carácter compensatorio y que forman parte integrante de la indemnización (Dalloz, *Jurisprudence Générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, París, 1867, pág. 428 y precedentes similares pueden encontrarse en *Recueil*, 1857 del 1-3-57 pág. 271; ídem, 1864, el 1-2-64 pág. 136; ídem 1868 del 4-2-68, pág. 272).

Ahora bien, lo que originariamente fue un mecanismo práctico para evitar un perjuicio al acreedor por la comisión de un hecho ilícito mediante la creación de una categoría específica (la de los intereses compensatorios judiciales previos a la sentencia) se convirtió en el curso del siglo XX en un sistema que permitió superar las dificultades que creaba el proceso de depreciación monetaria. El problema surgió concretamente cuando se pasó de una reducida tasa de interés legal a una tasa legal referida a la tasa de descuento que es justamente la que se venía usando en nuestro país desde la época de la sanción del Código Civil. Ello ocurrió en el lapso que corrió entre las leyes de 1975 y de 1989. Ese período creó dificultades similares a las que motivan la salvedad actual que fueron superadas precisamente mediante procedimientos pretorianos de reducción de los intereses. Las obras de este período destacaban este aspecto. Así Malaurie señalaba que "el interés y la reevaluación son dos maneras de corregir la depreciación monetaria, y deben combinarse sin cúmulo ni exclusión" cit. en Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, París, 1983, nº 420 pág. 526). Estos eran aspectos sobre los que nada se decía, por ejemplo, cuando la inflación no tenía todavía

repercusión sobre la tasa de interés de un modo relevante buscándose la solución a través del concepto de obligación de valor o obligaciones de hacer que se resuelven en sumas de dinero (ver Carbonnier, *Droit Civil, Les Biens et les Obligations*, 4ª. ed., París, 1964, t. II, n° 88, pág. 302 y n° 160, pág. 537).

Idéntica dificultad se suscitó en Italia durante un período en que se produjo una inflación relativamente alta en el cual las tasas de interés legal se acercaron a las tasas de mercado. El porcentaje de la tasa legal fue duplicado pasando el 16 de diciembre de 1990 desde el tradicional 5 % al 10 % anual hasta el 1° de enero de 1997 en que fue reducido a la tasa anterior. Me centraré en un autor -Giovanni Valcavi- que ha postulado reiteradamente -y de un modo casi dogmático- que todas las indemnizaciones deben ser calculadas a valores históricos con la tasa correspondiente descartando soluciones como algunas que se utilizan en nuestro medio con el cálculo del valor actual más una tasa del 6 % (ver "Revaluación monetaria y tipos de interés de mercado" en *Il Foro italiano*, 1980 I, 118; "El momento de referencia en la estimación del daño" en *Rivista di Diritto Civile*, 1987, año XXXIII, pág. 31; "El problema de los intereses moratorios en el resarcimiento del daño" en *Responsabilità civile e previdenza*, 1987, I, pág. 3; "La indemnización del mero lucro cesante como criterio general de resarcimiento del daño por mora en las obligaciones pecuniarias" en *Il Foro Italiano* 1990, t. I, pág. 2220; "Sobre el resarcimiento del daño por acto ilícito o por incumplimiento y del ocasionado por el retraso en el pago de la indemnización" *Giurisprudenza italiana*, 1991, t. I, pág. 1227; "El problema de los créditos o activos en divisa de los títulos de crédito y de los intereses monetarios con la llegada del euro" en *Rivista di diritto civile*, 1999, t. II, pág. 469). Pero lo sorprendente -y en lo que es verdaderamente coherente Valcavi- es que ese mismo argumento le sirve para descartar el cálculo al valor actual con los intereses de mercado. Señalaba así concretamente que "la opinión actual revalúa el crédito y añade asimismo el interés legal, calculado precisamente sobre el capital revalorizado. Ello determina el porcentaje anual del 17,15 % (según datos actuales) que proporciona al perjudicado un considerable lucro y no el mero restablecimiento" ("Sobre las consecuencias del incremento del tipo de interés legal" en *Il Foro Italiano* 1991, t. I, pág. 873). Agrega también que no parece poderse generalizar que el perjudicado habría adquirido o conservado contemporáneamente en su patrimonio, por un lado, el bien no entregado o sustraído (hasta el punto de justificar la actualización de su valor), y, por otro, que habría conservado la disponibilidad del equivalente pecuniario (de cara a gozar de su rendimiento) durante el período que abarca su retraso.

Resulta innecesario en este caso señalar las complejas soluciones adoptadas en reunión plenaria por la Cámara de Casación italiana del 17 de febrero de 1995, fallo n° 1712 para el cálculo de los intereses en las deudas de valor en las que se insertan consideraciones relativas al concepto de interés, en relación a las características de la deuda de valor y en torno al requisito de la prueba del mayor daño en los supuestos de depreciación monetaria. Sólo señalaré en ese punto que este mismo tribunal se aparta de principios relativos a los intereses legales y adopta criterios fuertemente vinculados a la equidad para evitar el enriquecimiento injusto del acreedor y una duplicación ilegítima (ver también Giovanni Falcone, "Debiti di valore ed interessi" *Giurisprudenza italiana* 1996, I, 1, 832).

Parecidos desajustes y búsquedas dificultosas de solución ocurrieron en Quebec cuando durante la década del 80 del siglo pasado la tasa legal habitualmente conveniente en ausencia de inflación fue modificada para acercarla a la tasa de mercado y evitar que se

favoreciera al deudor recalcitrante (Pineau, Burman y Gaudet, *Théorie des Obligations*, 4<sup>a</sup>. ed., Montreal, 2001, pág. 777, n° 451). La jurisprudencia de la Cámara de Casación de Bélgica también ha considerado que cuando el daño es reevaluado para tener en cuenta el valor de la moneda al momento de la sentencia el juez puede tener en cuenta esta circunstancia. La reevaluación de la moneda no hace obstáculo, en principio, al otorgamiento de intereses pero parece razonable no conceder para las indemnizaciones reevaluadas más que los intereses compensatorios calculados a una tasa correspondiente a la diferencia entre la tasa legal y la tasa de la erosión monetaria que varía del 3 al 8 % según los distintos lugares. Así en Bruselas se admitió el 8 %, en Mons el 6 % y en Lieja el 5 % (ver Fagnart. *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*. Larcier, 1997).

En suma, a similares problemas similares soluciones.

II. Cabe preguntar ahora cómo surgió este problema que es doble en su origen ya que se refiere tanto al cómputo de la depreciación monetaria como a la fecha de evaluación de los daños. El problema no se encuentra sólo en la circunstancia de que la tasa de interés contiene una importante porción destinada a reparar al acreedor de las consecuencias de la depreciación monetaria. La cuestión se crea, en realidad, por la modificación de los modos de reparar que se inició explícitamente en Francia en la década del 40 y se importó a nuestro país en la década siguiente.

Los desajustes están, en realidad, en el sistema mismo que se traslada de las obligaciones de dar sumas de dinero para resarcir otros supuestos lo que fue eludido por la facultad soberana -aunque no arbitraria- de apreciación del daño de los jueces franceses. El sistema de reparación a valores actuales es de igual forma derivativo de los modos de indemnización galos.

En realidad, los jueces argentinos calculaban las indemnizaciones a valores históricos implícitos conforme lo puntualizaba con precisión Orgaz en un trabajo central para este proceso titulado "El momento de la determinación del daño y el curso de los intereses" pub. en LL 62-451 que fue desarrollado también en "Los intereses en los daños y perjuicios" LL 69- 763 y *El daño resarcible*, 3<sup>a</sup>. ed., Buenos Aires, 1967, pág. 131 y que tiene su origen en un fallo del 24 de marzo de 1942 de la Corte de Casación Francesa que había establecido el principio de la reparación integral del perjuicio para evitar a la víctima la consecuencia nefasta de la erosión monetaria durante el lapso del proceso permitiendo al acreedor percibir una indemnización igual a su perjuicio (DA 1942 118). Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó desde sus primeras décadas en casos civiles el interés que cobra el Banco Nacional (Fallos:21:616 de 1879) precisando que el tipo de interés del 8 % que cobraba dicha entidad era admisible en causas de derecho civil (Fallos 81:88 de 1899) señalando en un caso comercial que podía considerarse esa ratio como término medio de lo que cobraban el Banco Nacional y el Banco de la Nación desde el 23 de enero de 1874 hasta al menos el año 1903 (Fallos: 105:159 de 1906). El tipo de interés es el que cobra el Banco de la Nación en relación a las operaciones ordinarias de descuento y no a otro alguno especial y más oneroso que se fije por razones accidentales debiendo estarse al que fuera más favorable al deudor, en virtud de principios de derecho y equidad (Fallos: 156:351 de 1930). Dentro de este sistema la aplicación de la tasa activa en épocas de reducida inflación resultaba relativamente coherente y no produjo dificultades ni controversias.

La modificación en el modo de reparar se produce especialmente a partir de una sentencia de Ibáñez Frocham en la Cam. 2ª Apel La Plata (Sala II) del 8 de agosto de 1950 que señaló terminantemente que el perjuicio no debe apreciarse a la fecha del hecho o del daño sino a la fecha en que la justicia comprueba sus consecuencias con sustento en un fallo de la Corte de Casación Francesa de 1949 transcrito según una obra de doctrina de aquel país (LL 56-1095). Este criterio fue aceptado con cita del mismo fallo por la Sala C el 6 de diciembre de 1951 (LL 67-154) y por la Sala A en voto de Fleitas (del 7 de mayo de 1955 en LL 82-171).

Las dificultades comenzaron a producirse a principios de la década del 70 y fue precisamente el juez Llambías quien estableció el paradigma del modelo de reparación que se propone refiriéndose a un "interés puro exclusivamente retributivo del precio del uso del capital" (ver especialmente su voto como integrante de la Sala A del 15 de septiembre de 1972 en LL 149- 433) y que fue aceptado y trasladado por el juez Belluscio en su voto como integrante de la Sala C del 30 de agosto de 1974 en ED 57-248 al considerar la procedencia de la indexación incluso en las deudas de dinero.

Pronto se advirtió la superposición de los intereses y del cómputo de la depreciación monetaria lo que motivó el dictado del plenario "Consorcio de Propietarios Talcahuano 1278 c. Houbey, Alicia E." del 20-7-76 pub. en ED 67-538 en el cual los Dres. Vocos, Escuti Pizarro, Alterini, Coghlan, Gnecco, Quiroga Olmos, Durañona y Vedia y Yáñez se refirieron al concepto de interés puro y plantearon la necesidad de evitar que se originara un enriquecimiento sin causa cuando sobre el cómputo de la depreciación monetaria se le agregara la porción de intereses destinada a recomponer el capital por ese motivo. También se tuvo en cuenta esta superposición considerando los dos posibles modos de reparación considerados por esta Cámara en el plenario "Erifimovich de Ostrovsky, Sara L. c. Martín, Hugo D." del 20-9-76 (ED 80-268) destacando que, por supuesto, los jueces deben evitar la superposición de modo tal que la suma resultante no sea excesiva con una precisa disidencia del Dr. Francisco Vocos.

Es verdad que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que los intereses debían ser computados desde el momento del daño en la causa Albertini (Fallos: 191:280 de 1940), lo cual tuvo una natural repercusión sobre los fallos de esta Cámara Civil. Se mantuvo la referencia a la tasa de descuento (Fallos: 207:309, 211:1252 y 1328 indicándose en estos dos últimos casos que el interés por este concepto era del 6 % anual) y el criterio relativo a la fecha de cómputo desde el momento del daño (Fallos: 238:44 de 1957; 246:73 de 1960 250:433 de 1961 y 252:191 de 1962). La depreciación monetaria fue considerada como circunstancia de hecho importante para establecer la reparación integral en, que incumbe a los jueces apreciar en materia de responsabilidad aquiliana (Fallos 245:556 de 1959).

Como se advierte confluyeron en ese período las dos circunstancias que desajustaron el sistema original: el cálculo de la indemnización a valores actuales y el incremento de los efectos de la depreciación monetaria. A partir de esa confluencia el tribunal empezó a precisar que las tasas bancarias habituales habían sido elevadas en parte para compensar la disminución del poder adquisitivo del dinero, de modo que cuando ese deterioro es corregido mediante el otorgamiento de una cantidad adicional por dicho concepto, el tipo de interés debe limitarse a retribuir la privación del capital que calculó en la tasa del 6 % anual (Fallos: 283:235 del 16-8-72). Se indicó así que existían dos causas diferentes; por un lado, mantener inalterado el capital con relación a las fluctuaciones

del valor de la moneda y por otro compensar la privación de un capital (Fallos: 283:267; 292:265 y 295:766). Se juzgó, pues, que correspondía aplicar una tasa de interés propia de las épocas de moneda constante (Fallos 283:235 de 1972).

Las decisiones del máximo tribunal en los últimos tiempos se han referido a la tasa pasiva (especialmente Fallos: 315:158) después con la tasa activa (Fallos: 321:3701 del 22-12-98; 323:847 del 25-4-00; 326:2451 del 15-7-03) y actualmente a la tasa pasiva (causa S. 457 XXXIV "Serenar S.A. c. Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios" del 19 de agosto de 2004 y causa "Provincia de La Pampa c. Estado Nacional - Secretaría de Energía del Ministerio de Economía de la Nación" del 7-10-06 en ambos casos con disidencia de los jueces Petracchi y Lorenzetti). La Corte Suprema ha dejado, pues, abierto a los jueces un juicio de discreción desfederalizado (ver Fallos n° 317:505) respecto de cuál habrá de ser el procedimiento apropiado en supuestos de responsabilidad extracontractual estableciendo únicamente el impedimento de la consideración de la indexación luego de cuantificada la indemnización mediante el cálculo de una suma de dinero.

La doctrina civil más caracterizada también reconoció las dificultades del cómputo de la depreciación monetaria y la inclusión del interés habitual de la tasa de descuento (ver en particular el excelente trabajo de Durañona y Vedia y Quintana Terán, "La depreciación de la moneda y los intereses", JA. 1972-VII; pág. 332 con sus citas y también Morello y Tróccoli, La revisión del contrato, La Plata, 1977, pág.123 y J.J. Casiello, "Los intereses y la deuda de valor", LL 151-864 y Atilio A. Alterini en su Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, 2ª ed., Buenos Aires, 197, pág. 200).

No entraré a discutir si la distinción entre deudas de dinero y de valor existe desde el punto de vista ontológico (Acdel E. Salas, "Problemática jurídica de la desvalorización" pág. 167 y XIX Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en septiembre de 2003 la Comisión n° 2 titulada "Obligaciones de dinero y de valor. Situación actual" suscripta entre otros por Ghersi, Ameal, Wajntraub, Gesualdi, Besalu Parkinson, Gurfinkel de Wendy, Martines Cuerda, Rodríguez, Blanco, Angelini, Compiani, Boni, Lieber, Berrino, Wayar, Magri, Tralco, Rinesi, Abdala, Flah) o si es un mero remedio técnico (Mosset Iturraspe, Justicia contractual, cap. VI, n° 3, pág. 267). La doctrina posterior a las leyes 23.928 y 25.561 ha mantenido también esta posición sosteniendo la vigencia de la creación doctrinaria de las deudas de valor (ver por todo Atilio A. Alterini, "Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley de convertibilidad del austral", LL 1991-B, 1048 y J. J. Casiello, "Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual", LL 2003-E, 1282).

Recientes fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial han adoptado un criterio similar en los últimos tiempos (ver Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa "Lazarte, Antonio Sergio c. Autocompra Plus y otro s/ ordinario" del 13-4-07 con voto del Dr. Heredia y "Baronetti de Gorosito, Raquel Elisabeth c. Fuerza Aérea Argentina y otros " del 22-5-08 y Sala E de la misma Cámara en autos "Yanelli, Nicolás W. c. Aguirre, Héctor O y otro" del 7-7-05 y "Bevacqua, Claudio y otro c. Camino del Abra S.A.C.V." del 21-5-08).

No se me escapa que cuando se calcula el daño al momento de la sentencia existen otros múltiples aspectos que podrían ser ponderados tales como la indemnización por la eventual explotación del bien perdido o deteriorado o -a la inversa- la consideración de

la amortización de los bienes durante el período que corrió hasta el pronunciamiento judicial.

Empero el punto decisivo que debe ponderarse en estos casos es la no acumulación de rubros indemnizatorios que lleven a un enriquecimiento indebido del acreedor. El enriquecimiento indebido al que se hace referencia en la respuesta a la pregunta 4 se refiere precisamente a estos casos y el método que corresponde adoptar consiste en ponderar la importancia del interés real excluyendo el interés nominal cuando se calculan los daños al momento de la sentencia o, como método alternativo, calculando la indemnización a valores históricos con el tradicional agregado de la tasa de descuento o de la actual tasa activa. La respuesta no se vincula con un monto supuestamente excesivo al momento de la liquidación definitiva después de haberse computado la tasa activa. En tales casos la solución se logra a través de métodos a los que ha recurrido la Corte Suprema de Justicia en diversos precedentes (ver por todos Fallos: 316:3054).

En concreto, el modelo dirigido a la no exclusión y a la no acumulación en el cálculo de los intereses y de la depreciación monetaria se inserta históricamente en los modernos procedimientos utilizados por los jueces de nuestro país y de semejante tradición continental para evitar el indebido lucro del acreedor. La distinción no se refiere a la liquidez o no de la deuda. La unificación entre ambos regímenes basada muchas veces en la doctrina francesa -el tópico en estos casos es Demolombe, Cours..., t. XXIV, 667- no ha tenido precisamente en cuenta la dualidad de regímenes de los modos de reparación en aquel país. La diferencia se vincula a la labor concreta del juez en estos supuestos que exigen una aproximación cualitativa mediante un estándar -y no a la liquidez de la deuda- cuando se considera el daño al momento de la sentencia para distinguirlo de aquellos casos en los cuales basta la pura remisión a una cuantificación previa y en la cual basta adicionar al hecho de la mora la aplicación lisa y llana de la tasa activa.

Implica, más bien, advertir que esta disimilitud entre estos dos sistemas contractual y extracontractual -que antecede y excede a la distinción entre las deudas de dinero y de valor no es una creación pintoresca de algunas salas de esta Cámara sino que se trata de un arbitrio - si se quiere pretoriano- para evitar el indebido doble cómputo del proceso de depreciación monetaria con la consiguiente afectación al principio constitucional de la propiedad que protege el art. 17 de la Constitución Nacional.

Fdo. Fernando M. Racimo

Fundamentos del Dr. Víctor F. Liberman:

El interés moratorio se devenga desde la mora del deudor.

Cuando son accesorios a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos se liquidan a partir del día en que se produce cada perjuicio (plenario "Gomez" de esta Cámara).

Sin embargo, cuando se reparan deudas de valor y la determinación o cuantificación se hace apreciando las circunstancias vigentes al tiempo de dictar sentencia, podría resultar injusto que hasta entonces los intereses corrieran a una tasa que usualmente comprende la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. De allí que, cuando la tasa de interés moratorio es aplicable sobre valores actualizados, o cuando la sentencia establece o

liquida monetariamente el daño, se ha entendido que debe fluctuar entre el seis y ocho por ciento anual (conf Orgaz, "El daño resarcible", Ed. Marcos Lerner Edit. Córdoba, 1980, pag 168; Casiello, "Los intereses y la deuda de valor", LL. 151- 874; Alterini, Ameal y López Cabana: "Curso de obligaciones", Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2008, pag. 558#1137 bis; Pizarro y Vallespinos, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", ed. Hammurabi, BuenosAires, 1999, t 1, pag 425).

Por estos fundamentos doy respuesta afirmativa al propuesto interrogante.

Fdo. Víctor F. Liberman

Aclaración de la Dra. Ana María Brilla de Serrat

Toda vez que me encontraba ausente con licencia el día 14 de octubre del año dos mil ocho, no he participado en el intercambio de ideas y posiciones e interrelación de opiniones y consecuente votación respecto de las tres primeras cuestiones puestas a consideración en esa oportunidad, si bien participo de las fórmulas adoptadas por mayoría.

Continuado el tratamiento del punto cuarto el día 11 de noviembre de dos mil ocho, en relación a la tasa que cabe aplicar hasta la sentencia y desde ésta hasta el efectivo pago, adherí a la respuesta afirmativa propuesta que consta en el acta respectiva, en el sentido que la tasa de interes fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido, limitándome a suscribir el acta pertinente con esos alcances.

Por otra parte, comparto los fundamentos expuestos para la cuarta cuestión que suscribo, con excepción de las referencias a los votos emitidos en la primera parte del plenario.

Fdo. Ana María Brilla de Serrat

Ampliación de fundamentos a las tres primeras cuestiones. Fundamentos a la cuarta cuestión de los Dres. Gerónimo Sansó, Mauricio L. Mizrahi, Claudio Ramos Feijóo, Omar L. Díaz Solimine, Miguel A. Vilar, Eduardo A. Zannoni, Marta del Rosario Mattera, Zulema D. Wilde, Beatriz A. Verón, Oscar J. Ameal, Lidia B. Hernández, Silvia A. Díaz y Marcela Pérez Pardo

La orientación doctrinaria contemporánea en temas de responsabilidad civil se inclina en forma casi unánime por propiciar una reparación integral, para algunos autores plena, del daño provocado.

Dicha postura se concilia con la idea del resarcimiento de todo perjuicio injustamente padecido, premisa fundamental en la concepción del derecho de daños en la actualidad.

En el tema sometido a plenario es imprescindible tener en cuenta tales paradigmas en procura de hallar una solución adecuada y armónica a los interrogantes planteados,

evitando eventuales discordancias entre las respuestas que a cada uno de ellos se le otorgue.

El aspecto central en estudio se refiere a si continua vigente la doctrina fijada por los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123, SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04 que se inclinaban por la tasa pasiva.

Tal concepción debe ser abandonada por inequitativa debido a que no es concebible que el interés fijado judicialmente para el supuesto de mora, cuando no existen intereses punitivos pactados, coincida con la que los bancos pagan por los depósitos obtenidos, cuando ella es sensiblemente inferior a la que las entidades bancarias cobran por préstamos otorgados.

Es de hacer notar que como los depósitos bancarios admiten la capitalización, de los intereses al capital, la tasa pasiva judicial para el caso de mora es mas baja incluso que el interés pasivo bancario.

Se argumentó entre otras consideraciones, que la vigencia de la tasa pasiva aplicable al resarcimiento por incumplimiento del deudor en las deudas dinerarias, obedecía a que la reparación debía contemplar únicamente las consecuencias inmediatas, consistentes en el lucro cesante del acreedor insatisfecho, no alcanzado a las consecuencias mediatas que sería el daño emergente (tasa activa), ello por aplicación de la doctrina emanada de los arts. 520 y 521 del Código Civil, aunque cabe acotar que, 106 minoritariamente, se sostuvo que si el daño era efectivamente acreditado, probando el damnificado que debió acudir al crédito bancario para subrogar la suma no abonada por el deudor, cabría la posibilidad de percibir la tasa activa.

Tal línea de pensamiento nos parece inadecuada, por cuanto el daño emergente y el lucro cesante son componentes del daño patrimonial resarcible (art. 519, 1069 CC) comprensible tanto de las consecuencias inmediatas como las mediatas del incumplimiento.

Ocurre que la atribución de ciertas consecuencias al que incumple atañe a la teoría de la relación de causalidad que, en uno de sus aspectos sirve para establecer la adecuación de los daños provocados por el incumplimiento, en tanto que las categorías de daño emergente y lucro cesante que conciernen a la teoría del daño que, por ser integrantes del perjuicio experimentado por el acreedor, el deudor debe reparar, cuando se encuentran en relación de causalidad adecuada con su incumplimiento (art. 906 CC).

De lo expuesto, se concluye que tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser consecuencia inmediata como mediata del incumplimiento; de ahí que no es correcto computar inexorablemente a la tasa pasiva, por constituir lucro cesante como consecuencia inmediata del incumplimiento y a la tasa activa, como daño emergente, otorgarle categoría de consecuencia mediata. En razón de que la inmediatez de las consecuencias es lógica, nada impide que pueda considerarse al daño emergente como consecuencia inmediata del incumplimiento "si deriva del curso ordinario y natural de las cosas" (art. 901 CC) y por ello en la extensión del resarcimiento en las deudas dinerarias podría aplicarse la tasa activa.

Asimismo, es objetable la idea de que el deudor moroso de una obligación dineraria debe sólo abonar la tasa pasiva, ya que el acreedor insatisfecho, al no obtener lo debido en tiempo propio, se ve privado de otorgarlo en préstamo (lucro cesante) percibiendo aquella tasa, cuando en realidad el damnificado está imposibilitado de disponer de su dinero e incluso, si ocurre a una entidad bancaria a sustituirlo, deberá pagar indefectiblemente, por lo menos, tasa activa.

No puede sostenerse, con criterio acertado, que el interés moratorio judicial puede ser inferior al que pagan los deudores en tiempo oportuno, pues lo justo es que el moroso abone la tasa que las entidades bancarias les cobran a los solicitantes de préstamo (conf. Ariel Barbero "Interés moratoria..." LL 10 set 08).

Esa línea argumental permite considerar que en las obligaciones de dar dinero lo debido es una cosa fungible, por lo que su incumplimiento, reglado por el art. 622 del Cód. Civil, da derecho al acreedor a reclamar la reparación "in natura", es decir, por sustitución (art. 1083 CC). En tal sentido la obtención del bien en subrogación (dinero adeudado) debe afrontarse abonando la tasa activa, lo que en realidad resarce el daño patrimonial padecido.

Dicha idea fue desarrollada por el Dr. Hugo Molteni en el plenario "Vázquez c/ Bilbao" al sostener, con acierto, en dicha oportunidad, que al acreedor insatisfecho "debe resarcírsele con la tasa que le hubiese permitido el sustitutivo goce del capital impago y no con los frutos de la inversión del capital del que se ha visto privado, porque ello se corresponde con la naturaleza del interés compensatorio y no es congruente con el resarcimiento que se intenta enjugar con los réditos moratorios", agregando en el plenario Alaniz C/ Transportes 123 "Por ello el moroso deberá resarcir al acreedor el costo financiero de tal sustitución, que no está representado sino por la tasa activa".

Por otra parte, la discusión relativa a la tasa que debe aplicarse al deudor moroso, en aplicación del art. 622 del C. Civil adquirió importancia luego de la sanción de la Ley de Convertibilidad 23.928; por cuanto con anterioridad, la polémica doctrinal y jurisprudencial versaba sobre cuál sería el capital que en definitiva debería abonarse, con la consiguiente disputa respecto a la indexación de las deudas dinerarias. En relación a los intereses, el plenario "Erifimovich de Ostrousky c/ Martín" de fecha 20/9/78 concretamente había determinado que era aplicable "la tasa que cobra el Banco de la Nación en operaciones de descuento ordinario, aunque el crédito se haya actualizado en función de la depreciación monetaria".

Tal criterio resulta acertado, por cuanto no es justo que el deudor moroso pretenda retener la cantidad dineraria debida, pagando tasa pasiva, ya que con ello no le sería viable obtener un préstamo equivalente a lo adeudado.

En esa línea de pensamiento, merece destacarse que sobre el tema del plenario en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (año 2007 Lomas de Zamora) en forma unánime se arribó a la siguiente conclusión: "En el tiempo actual debe considerarse que la tasa de interés aplicable al deudor moroso es la tasa activa que utilizan los Bancos Oficiales en sus operaciones de descuento".

Teniendo en cuenta lo expuesto, es atinado, en virtud del principio de seguridad jurídica, que por doctrina plenaria se establezca la tasa aplicable, optándose por "la tasa

activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina", como quedo resuelto en los acuerdos plenarios del 14 de octubre y del 11 de noviembre de 2008 en autos "Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios".

Respecto al interrogante acerca de cual es el punto de partida en la aplicación de dicha tasa quedó acordado que es "desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

Se comparte la solución que propicia la mayoría de la Cámara en el acuerdo. Sin embargo, se debe hacer algunas breves observaciones al modo en que se responde a la última pregunta que se formuló, esto es si la tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, y cuál es alcance de la salvedad hecha para el caso en que su aplicación durante el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

Por cierto se ha de incursionar en preciosismos técnicos acerca de qué debe entenderse por el "inicio de la mora". Tal como fue redactada la pregunta podría considerarse que al referirse al inicio de la mora la doctrina del plenario se circunscribe a sólo las obligaciones de fuente convencional, o sea las que están abarcadas por el art. 509 del Código Civil. No obstante, lo resuelto es aplicable también a las obligaciones de fuente extracontractual, más allá de la discusión de orden doctrinal acerca de si respecto a ellas cabe hablar o no de mora ex re del responsable desde la producción del daño injustamente sufrido por el damnificado. En el acuerdo nadie ha puesto en tela de juicio la doctrina del plenario dictado por esta Cámara el 16 de diciembre de 1958 en autos: "Gómez c./ Empresa Nacional de Transportes", de aplicación cotidiana en el fuero, en virtud de la cual "los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos, se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación" (LL, 93-667 y JA, 1959-I-540).

Sí, en cambio se pone el acento en la salvedad que queda expresada para el caso en que la tasa de interés activa [en concreto, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina], cuya aplicación deviene de ahora en más obligatoria por el tribunal, y que tiene por objeto mantener incólume la significación económica de la condena, implique como un efecto no querido un resultado contrario y objetivamente injusto. O, en otras palabras, que implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

A primera vista, esta salvedad provoca cierta perplejidad. ¿Cómo es posible sostener que la aplicación de la tasa de interés activa implica nada menos que una alteración del significado económico del capital de condena que configura un enriquecimiento indebido?.

En esa cuestión, la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de

reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices.

A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4º de la vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso -dice esta última norma- se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor".

De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/77) y por esta Cámara (in re: "La Amistad SRL c./ Iriarte, Roberto C." del 9/9/77), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual.

El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso -por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928- que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso.

Con ese mismo criterio se aceptó, desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como ha señalado la mayoría del Tribunal al responder a la primera pregunta de este acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda.

Por todo lo que sucintamente quedo expuesto, se entiende que la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es, operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente.

Es por ello que, desde "el inicio de la mora", ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, "hasta el cumplimiento de la sentencia" quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 CC) tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento.

El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de Derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico.

Pero dicho principio, como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas.

No obstante, aún derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado.

Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 CC, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del CPCC.

Fdo. Gerónimo Sansó, Mauricio L. Mizrahi, Claudio Ramos Feijóo, Omar L. Díaz Solimine (Adhesión a la fundamentación de la primera, tercera y cuarta cuestión), Miguel A. Vilar, Eduardo A. Zannoni, Marta del Rosario Mattera (Adhesión a la fundamentación de la primera, tercera y cuarta cuestión), Zulema D. Wilde (Adhesión a la fundamentación en la medida del punto 4° del plenario), Beatriz A. Verón, Oscar J. Ameal, Lidia B. Hernández, Silvia A. Díaz, Marcela Pérez Pardo (Adhesión a la fundamentación de la primera, tercera y cuarta cuestión)

A la cuarta cuestión por la minoría se pronuncia el Dr. Jorge A. Mayo

Fundamentos del Dr. Jorge A. Mayo

He votado por la negativa al criterio sentado por la mayoría, al decidir el punto cuarto de este plenario, frente al interrogante planteado, a saber: ¿la tasa de interés fijada debe

computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido?. Ello por las razones que paso a exponer:

1) Los plenarios de esta Excma. Cámara, dictados en las causas "Vazquez Claudia Angélica c/Bilbao Walter y otros s/daños y perjuicios" y "Alaniz Ramona Evelia c/Transportes 123 SACI interno 200 s/daños y perjuicios" fijaron la tasa pasiva, aplicable según la facultad reconocida a los jueces por el último párrafo del art. 622 del Código Civil, doctrina legal a tenor de lo dispuesto por el art. 300 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y que se modifica con este nuevo plenario al establecerse la tasa activa al tenor allí indicado.

2) Los intereses que establece el art. 622 rigen, como regla de principio, para toda clase de obligaciones pecuniarias, sean de origen contractual, sean de origen legal (conf. Busso, "Código Civil Anotado", T°IV, pág. 299, n° 64 y pág. 317, n° 212 y sgtes.).

3) En lo que abarca este fallo plenario, esto es el ámbito que comprende la doctrina legal establecida, nos enfrentamos a un amplio espectro de situaciones en las que no existe una tasa convencional o legal preestablecida, y que plantea un primer problema que la tesis mayoritaria no ha advertido, o ha interpretado de modo que puede inducir a confusión. En efecto, en el particular tipo de la obligación de indemnización originada por un hecho ilícito, la doctrina plenaria de esta Excma. Cámara in re "Gómez c/Empresa Nacional de Transportes", sentó el criterio que no se ha modificado, que dice que "los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de los delitos o cuasidelitos, se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación" (LL 93-667). Al fundar la tesis mayoritaria, el voto del Dr. Gondra transcribió un voto del que fuera eximio jurista, Dr. Boffi Boggero, aduciéndose varias razones que justifican el criterio expresado, a saber: el principio de reparación integral, el considerar a los intereses como rubro del quantum indemnizatorio, que la ley no establece el requisito de la liquidez para que puedan correr los intereses, sino que exista una obligación cierta en sí propia, aún cuando pueda ser incierta en cuanto a su monto, que no puede desconocerse que el deudor ha dispuesto de la suma debida, independientemente de su liquidez, es decir, que la suma que debía y que se fijará después, durante un período de tiempo en que pudo extraer utilidades que, consecuentemente, le fueron negadas al acreedor (el subrayado es mío) que el crédito indemnizatorio nace así, puro y simple, sin necesidad de esperar el plazo legal ni de supeditarse al requerimiento del acreedor (el subrayado es mío). Es decir que el curso de los intereses correspondientes a las indemnizaciones originadas en hechos ilícitos corre desde que se produjo cada perjuicio. Cabe preguntarse si ello es lo mismo que la mora, a la que alude indiscriminadamente el voto de la mayoría. Si se responde afirmativamente a tal interrogatorio estamos frente a un problema, porque podría entenderse que la susodicha mora se produce al configurarse el ilícito, esto es producido el llamado daño-evento. Si se la responde negativamente, como 112 estimo es la respuesta adecuada, se supera la cuestión porque considero que resulta impropio hablar de mora en los hechos ilícitos (salvo cuando se dicta la sentencia firme), en tanto y en cuanto la transgresión al denominado deber negativo de no dañar a otro es insensible al estado de mora, al no haber recuperabilidad de la prestación (conf. Bueres, Alberto J., "Derecho de daños" ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, pag. 463). Es que, como bien se ha dicho, la teoría de la mora no resulta adecuada para regular esta materia. En efecto, si se

examina el fenómeno que da lugar a la responsabilidad llamada aquiliana, se advierte que en ella es casi imposible que se configure un verdadero retardo (elemento esencial en la mora), y por consiguiente, la idea de hacer funcionar la *interpellatio* o cualquier otra forma de constitución en mora, es un verdadero absurdo jurídico. ¿Se puede pensar, siquiera, que hay retardo en la observancia del deber general de no dañar, después que el daño ha sobrevenido". En virtud del *neminem laedere* todos nos encontramos constreñidos a no dañar a otro (discutible, teóricamente, es la existencia de este deber, apunta el suscripto); cuando violamos este deber genérico y cometemos un daño ¿puede afirmarse que estamos en retardo" (Wayar, Ernesto Clemente "Tratado de la mora", ed. Abaco, Bs. As., 1981, pág. 548). Consecuentemente, no podría sino concluirse que los intereses en el período que indica el interrogante (para los hechos ilícitos) no son moratorios sino compensatorios, calificación efectuada por caracterizada doctrina (ver Wayar, op. cit., pág. 550 y sus citas, concordantes de Spota y doctrina francesa y belga en notas 84 y 85). De todos modos, desde el punto de vista práctico no cambia la solución el que se atribuya uno u otro carácter a tales intereses, y que lo atinente a la mora se refiere a otras obligaciones que no sean las derivadas de hechos ilícitos, lo que, en definitiva, estaría de más porque no hacía falta decir que los intereses corren desde la mora.

4) Ahora bien, la mayoría indica como salvedad para la aplicación de la referida tasa activa en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia que ello implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Y he aquí el núcleo central del problema. Ciertamente es que, en definitiva, amén de lo que pueda solicitar el damnificado en su demanda, debe recordarse que, como ya señalaba Ascarelli, constituye un valor (deuda de) el objeto del resarcimiento de los daños, por supuesto que dentro de los límites relativos a la extensión del *quantum*, según el criterio que se adopte o que se siga cada ordenamiento, que si bien debe ser liquidado en una suma de dinero, es, como tal (valor), conceptualmente diverso de la referida cantidad de moneda (Ascarelli, Tullio, *Saggi Giuridici*, ed. Giuffrè, Milano, 1949, cap. I, *debiti di valore*, pág. 383; etc.). Pero, ello no implica el reajuste en función de índices de depreciación monetaria, aspecto que se mantiene vedado por el aún vigente art. 10 de la ley de convertibilidad 23.928 (ref. Ley 25.561).

5) ¿Puede sostenerse que en determinadas circunstancias, esa tasa lleva a configurar un enriquecimiento indebido del acreedor?. Ante todo hay que decir que esta cuestión no es "inventada" por los jueces, sino que surge de las oscilaciones del mercado a través de la ponderación que efectúa una entidad oficial, como lo es el Banco de la Nación Argentina, adaptándose a los distintos momentos en los que se desarrolla la vida económica del país, y para cuya fijación intervienen innumerables factores, por lo que la determinación de si una tasa es excesiva o no, requiere de una tarea de comparación; o sea es "excesiva" o no con relación a otra que no lo es, que responde a una razonable renta producida por el capital (si es compensatoria) (Rivera, Julio Cesar, "Ejercicio del control de la tasa de interés" en *Suplemento especial de La Ley, Intereses*, La Ley, Julio 2004, pág. 112). De allí que en el particular caso de la indemnización de daños no aparece razonable responder afirmativamente al interrogante, frente a la fijación de valores que no responden a índices matemáticos de reajuste, sino que ponderan diversidad de factores para llegar a la reparación integral de los daños, y no por el retardo sino por la inversión productiva de que se vio privado el damnificado mientras usufructuaba su indemnización el responsable. A ello no empece el argumento que

podría esgrimirse acerca del componente de desvalorización monetaria que integra la tasa (como precisa Molinario, aunque refiriéndose a diversos índices, en su artículo "Del interés lucrativo contractual y otras cuestiones" en ED 43-1155 y sptes.), pues en este caso no se aplican índices respecto al capital indemnizable, fijado prudencialmente por los tribunales y no en función de rígidos parámetros matemáticos (doct. arts. 1084, 1069, 907, etc. del Código Civil).

6) ¿Que es eso del enriquecimiento indebido del acreedor? Digamos que la respuesta del plenario no es exclusiva para los daños y perjuicios, y que si uno compara la solución de la tasa activa con los distintos criterios admitidos para otros supuestos (verbigracia, expensas comunes, deudas del Fisco, etc.) no puede tildársela de exorbitante, o que implique una demasía. Pero, lo que choca es que se recurra a la figura del enriquecimiento indebido o sin causa. En efecto, para que juegue la teoría del enriquecimiento sin causa se requiere que se haya producido el desplazamiento de un bien o un valor, del patrimonio de una persona al patrimonio de otra, sin que exista un título o causa jurídica que justifique ese traspaso (conf. Llambías, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones" T IV-B, n° 3017), y de allí la concesión de la acción in rem verso, que no es otra cosa que una acción de restitución (conf. Llambías, ob. cit., T IV-B, n° 3028). Como dicen los anotadores de Enneccerus "sólo en aquellas hipótesis que, sin haber sido objeto de una expresa previsión legislativa, se traduzcan en un desequilibrio patrimonial por la correlación de un enriquecimiento a un empobrecimiento, sin causa que los justifique, procederá la invocación del principio como fundamento de la pretensión de restitución (Enneccerus - Lehmann, "Derecho de las Obligaciones", trad. esp. Con anotaciones de Perez González y Alguer, 3a. Ed. con estudios de Ferrandis Vilella, ed. Bosch, Barcelona, 1966, pág. 951). Quizás, se quiso aludir a otra cosa: que la indemnización debe limitarse a restablecer el equilibrio alterado sin enriquecer al damnificado, que el resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño (conf. De Cupis, Adriano, El Daño, trad. esp., ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 753). En suma, nada tiene que hacer aquí el instituto del enriquecimiento indebido.

7) Por último, y en lo que corresponde al fundamento de mi postura, debo señalar que no es a través del manejo indiscriminado de la tasa de interés que pueda arrimarse a una indemnización justa, privilegiando al accesorio (el interés) sobre lo principal. Es a este último a lo que debe y puede apuntarse cuando se establece el quantum indemnizatorio, respetando las reglas del Código sobre la extensión del resarcimiento (arts. 901 y sptes.). Y si miramos otros créditos, por ejemplo, el de alimentos, quisiera saber cuántos alimentarios se han enriquecido a costas del alimentante.

8) Y una última observación que no atañe a la estricta cuantía de la tasa, pero sí a los efectos de la sentencia plenaria. Debo recordar, ante todo, que la sentencia establecerá la doctrina legal aplicable (art. 300 del Código Procesal) y su alcance según la doctrina plenaria de esta Excma. Cámara, recaída in re "Saffores Luis o Juan Luis" (5-11-43, JA 1943-IV-501) es el siguiente: "De acuerdo con nuestro régimen legal, la jurisprudencia plenaria es aplicable a todas las actividades jurídicas que ocurran durante su vigencia; una alteración jurisprudencial sobreviniente no tiene efecto retroactivo en cuanto a los hechos y actos jurídicos acaecidos antes de la mutación, aunque se trate de hechos o actos que no hayan originado la contienda judicial, ni por consiguiente sentencias que hagan cosa juzgada".

Y es lógico que así sea por aplicación de los principios que rigen la materia.

Si una ley, como regla de principio no puede ser retroactiva (art. 3º del Código Civil), es obvio que menos aún la jurisprudencia plenaria que determina una doctrina legal aplicable. Rige el principio del denominado efecto inmediato (art. 3º del Código Civil), es decir que la nueva tasa regirá desde el dictado del fallo plenario, corriendo hasta allí la fijada en los plenarios que pierden su vigencia.

Ello se explica del siguiente modo: es exacto que la ley que rige el hecho dañoso y sus consecuencias es la vigente al momento de su acaecimiento, y así lo resolvió el plenario de esta Excm. Cámara respecto del nuevo art. 1078 del Código Civil, referente al daño moral ("Rey c/Viñedos y Bodegas Arizu SA"; 2-12-71, ED 40-448).

Pero, respecto a los intereses, tanto una ley nueva, como una doctrina plenaria, que fijan la tasa de dichos intereses se aplican a todos los intereses que corren desde la entrada en vigor de la nueva ley o desde que se dicta una nueva sentencia plenaria, porque no se trata de determinar las condiciones en las cuales el acreedor puede demandar los daños y perjuicios, sino de la cuantía de la tasa que está en relación directa con el interés del dinero en una época dada, esto es la que corre en cada tiempo en el que el acreedor se ve privado de su capital y no el del momento en que la obligación nació.

Ello es así porque el interés corresponde a la evaluación de un daño que prosigue hasta que se repare, día a día (conf. Roubier Paul, *Le Droit Transitoire (conflits des lois dans le temps)*, ed. Dalloz y Sirey, Paris, 1960, pags. 317/8), y que ya se ha devengado. Así he fundado mi negativa al interrogante como se ha propuesto. Así voto.

Fdo. Jorge A. Mayo

Disidencia del Dr. Claudio M. Kiper

Hace algunos años vote en disidencia en el plenario "Alaniz, Ramona c/ Transportes 123", pues consideraba que se resarcía adecuadamente a la víctima mediante la tasa activa de interés. Ahora, para no incurrir en reiteraciones innecesarias, me remito a los fundamentos expuestos en aquella oportunidad.

Por lo tanto, en mi opinión, constituye un avance que la mayoría de esta Cámara se incline ahora por el reconocimiento de la referida tasa. No obstante, el agregado aprobado en el punto 4, según el cual puede no ser aplicable dicha tasa, hasta el dictado de la sentencia (sí después), si ello implica "una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido", significa desnaturalizar lo aprobado acertadamente en el punto 3.

En efecto, mientras muchos jueces, por los motivos que considero correctos, aplicarán la tasa activa de interés, otros creerán que el resultado es exagerado -a mi entender con argumentos equivocados- y atenuarán discrecionalmente la tasa, o harán una quita en el cálculo, o bien terminarán aplicando la tasa pasiva, a pesar de que fue abandonada.

Fuera de la incertidumbre que se generará, lo cierto es que ahora se pasa de la tasa pasiva a un "interés distinto" que nadie sabe cual es; al menos para los jueces que razonen de esa forma. No es esto lo que se discutió y aprobó en los puntos anteriores.

Asimismo, es altamente probable que muchos demandados formulen esta clase de planteos, de modo que habrá que examinar si la aplicación de la tasa activa genera, o no, un "enriquecimiento indebido". Sólo se retrasará el trámite de las causas, y se incrementarán las apelaciones.

En suma, se trata de un criterio erróneo. Para no extenderme, me remito a los argumentos expuestos por mi colega, el Dr Jorge Mayo, en los puntos 1 a 7 de su muy fundado voto.

Fdo. Claudio M. Kiper

Buenos Aires, 20 de abril de 2009.

Y Vistos: Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), SE RESUELVE:

- 1- "Corresponde dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04"
- 2- "Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio"
- 3- "Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina"
- 4- "La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

Fdo. Elisa M. Diaz de Vivar (por sus fundamentos), Hugo Molteni (por sus fundamentos), Claudio Ramos Feijóo (por sus fundamentos), Ricardo Li Rosi (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la primera y segunda cuestión), Mauricio L. Mizrahi (por sus fundamentos), Gerónimo Sansó (por sus fundamentos), Luis Álvarez Juliá (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Beatriz L. Cortelezzi (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Omar L. Díaz Solimine (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Miguel A. Vilar (por sus fundamentos), Diego C. Sánchez (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la primera, segunda y tercera cuestión), Ana M. Brilla de Serrat (por sus fundamentos), Fernando M. Racimo (por sus fundamentos), Juan C. Dupuis (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la primera cuestión), Mario P. Calatayud (por sus fundamentos), José Luis Galmarini (por sus fundamentos), Eduardo A. Zannoni (por sus fundamentos), Fernando Posse Saguier (por sus fundamentos), Carlos A. Bellucci (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Beatriz A. Areán (por sus fundamentos), Carlos A. Carranza Casares (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Jorge A. Mayo (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la cuarta cuestión), Jorge A. Giardulli (por sus fundamentos), Claudio M. Kiper (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la cuarta cuestión), Julio M. Ojea Quintana (por sus fundamentos), Graciela A. Varela (por

sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Patricia E. Castro (por sus fundamentos), Beatriz A. Verón (por sus fundamentos), Marta del Rosario Mattered (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Zulema D. Wilde (por sus fundamentos), Oscar J. Ameal (por sus fundamentos), Silvia A. Díaz (por sus fundamentos), Lidia B. Hernández (por sus fundamentos), Víctor F. Liberman (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Marcela Pérez Pardo (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), O. Hilario Rebaudi Basavilbaso (por sus fundamentos), Mabel A. De los Santos (por sus fundamentos y disidencia parcial respecto de la tercera cuestión), Carlos R. Ponce (por sus fundamentos).

Buenos Aires, 20 de abril de 2009.

Y Vistos: Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), SE RESUELVE:

- 1- "Corresponde dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04"**
- 2- "Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio"**
- 3- "Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina"**
- 4- "La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".**

Dese cumplimiento a lo dispuesto por el art. 70 del reglamento del fuero.

Las Dras. Ana M. Brilla de Serrat y Zulema D. Wilde no intervinieron en el Acuerdo del día 14 de octubre de 2008 por hallarse en uso de licencia, la Dra. Mabel A. De los Santos no intervino en el Acuerdo del día 11 de noviembre de 2008 por hallarse en uso de licencia y la vocalía N° 3 se encuentra vacante. Fdo. Dres. Elisa M. Diaz de Vivar (por sus fundamentos), Hugo Molteni (por sus fundamentos), Claudio Ramos Feijóo (por sus fundamentos), Ricardo Li Rosi (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la primera y segunda cuestión), Mauricio L. Mizrahi (por sus fundamentos), Gerónimo Sansó (por sus fundamentos), Luis Álvarez Juliá (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Beatriz L. Cortelezzi (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Omar L. Díaz Solimine (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Miguel A. Vilar (por sus fundamentos), Diego C. Sánchez (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la primera, segunda y tercera cuestión), Ana M. Brilla de Serrat (por sus fundamentos), Fernando M. Racimo (por sus fundamentos), Juan C. Dupuis (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la primera cuestión), Mario P. Calatayud (por sus fundamentos), José L. Galmarini (por sus fundamentos), Eduardo A. Zannoni (por sus fundamentos), Fernando Posse Saguier (por sus fundamentos), Carlos A. Bellucci (por sus

fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Beatriz A. Areán (por sus fundamentos), Carlos A. Carranza Casares (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Jorge A. Mayo (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la cuarta cuestión), Jorge A. Giardulli (por sus fundamentos), Claudio M. Kiper (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la cuarta cuestión), Julio M. Ojea Quintana (por sus fundamentos), Graciela A. Varela (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Patricia E. Castro (por sus fundamentos), Beatriz A. Verón (por sus fundamentos), Marta del Rosario Mattera (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), 118 Zulema D. Wilde (por sus fundamentos), Oscar J. Ameal (por sus fundamentos), Silvia A. Díaz (por sus fundamentos), Lidia B. Hernández (por sus fundamentos), Víctor F. Liberman (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), Marcela Pérez Pardo (por sus fundamentos y en disidencia respecto de la segunda cuestión), O. Hilario Rebaudi Basavilbaso (por sus fundamentos), Mabel A. De los Santos (por sus fundamentos y disidencia parcial respecto de la tercera cuestión) y Carlos R. Ponce (por sus fundamentos). Fdo. Claudia B. Mainard - Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Civil.