

REGISTRADA BAJO EL N° Fo.

Expte. N° 167589 Juzgado Civil y Comercial N°6

En la ciudad de Mar del Plata, a los 16 días del mes de abril de 2020 se encuentra reunida la Excm. **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda**, en acuerdo ordinario, bajo la modalidad de trabajo en domicilio (arts. 1, apartado b.1.1 de la Res. 10/20 y 1, 2 y 4 de la Res. 18/20 ambas de la SCBA), por encontrarse los magistrados incluidos dentro de las previsiones de la Res. 165/20 de la SCBA, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados **“MELEGARI, BERNARDO FÉLIX C. RISSO, GLADYS NOEMÍ Y OT., S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª) ¿Es justa la sentencia definitiva dictada el 01 de noviembre de 2018?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

I. La sentencia dictada el 01 de noviembre de 2018 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 574.

En lo que aquí interesa destacar, el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada por Bernardo Félix Melegari contra Gladys Noemí Riso y Leandro Daniel Curuchet y condeno a éstos últimos a abonar al actor \$27.930 más intereses y costas.

Consideró acreditado el accidente de tránsito ocurrido el 3 de agosto de 2013 a las 20hs en la intersección de la calle La Rioja y Gascón de esta ciudad en el que participaron un Ford Escort LX dominio DJJ704 conducido por el actor y una camioneta Ecosport 1.6 dominio FKC377 propiedad de Gladys Noemí Riso y conducida por Leandro Daniel Curuchet. Juzgó que éste último fue el responsable del accidente y el deber de reparar los daños se hizo extensivo a la Sra. Riso en su condición de propietaria de la cosa riesgosa.

Receptó dos rubros resarcitorios: gastos de reparación del vehículo (por un total de \$17.930) y privación de uso (\$10.000). En cuanto a los accesorios por mora, aplicó la doctrina legal que la SCBA fijó en causas “Vera” (C.120.536, del 18/04/2018) y “Nidera S.A.” (C.121.134 del 03/05/2018) y decidió: a) que para el rubro *privación de uso*, se liquiden a una tasa pura del 6% anual desde el día del hecho hasta la fecha del fallo y de allí en adelante hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días; b) que para el rubro *reparación de vehículo*, y por tratarse de la restitución de un dinero ya erogado,

se aplique desde la mora y hasta el pago la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días.

II. El recurso de la parte actora.

Melegari apeló la decisión y fundó su recurso a fs. 594/8. Plantea un único agravio dirigido a cuestionar la tasa de interés moratoria escogida por la jueza. Sustenta su queja en los siguientes argumentos:

i) Que la tasa de interés fijada en el fallo es injusta y promueve el incumplimiento de las obligaciones en desmedro del patrimonio del acreedor y un apartamiento del escenario económico actual.

ii) Alega que la situación económica presente es muy distinta a la que existía a la fecha del accidente. El interés -dice- debe permitirle mantener el poder adquisitivo del dinero y ello no importa indexar el capital sino *“poder adquirir los mismos bienes o servicios que efectivamente perdí por el daño causado por la demandada”*. Expone los perjuicios y molestias ocasionadas por el accidente y el desgaste de acudir ante los tribunales a litigar el derecho que le fue reconocido. En lugar de proteger su patrimonio, manifiesta, la tasa moratoria lo perjudica.

iii) Entiende que las decisiones que la Suprema Corte dictó en las causas “Cabrera” y “Ubertalli” perdieron vigencia, realidad y coherencia. Afirma que la Cámara no está obligada a mantener esa postura. Pide se aplique la tasa activa *“más alta que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires”*.

iv) Enfatiza que la tasa que reclama no importa una indexación en los términos de la Ley 23.928, mantenida por Ley 25.561, y que las tasas pasivas que aplican los tribunales dilapidan el crédito por el transcurso del tiempo y permiten el correlativo enriquecimiento sin causa del deudor.

v) Pone de manifiesto las consecuencias que siguen de adoptar criterios jurisprudenciales que promueven la aplicación de tasas pasivas, incluyendo incentivos para litigar sin razón, dilatar pleitos y pagar deudas licuadas.

vi) Argumenta que el artículo 771 del Código Civil y Comercial impone al juez el deber de valorar el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Dice que *“desde el día del hecho el acreedor se ha visto privado del capital al que tiene derecho y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado”*.

III. Tratamiento del recurso.

Adelanto que le asiste razón a la actora y propondré al acuerdo que el recurso sea admitido.

El tópico sobre el cual recae el único agravio de la recurrente -en concreto, la tasa con la que corresponde liquidar los intereses moratorios en obligaciones a las que no les es aplicable una alícuota pactada o legal- ha sido objeto de históricos y recurrentes debates en la doctrina judicial y autoral argentina. Se trata, además, de

una cuestión que fuera abordada en reiteradas oportunidades por la Suprema Corte bonaerense.

Por razones de orden lógico y claridad expositiva, pasaré revista en primer lugar a los precedentes más significativos de la Casación provincial que han contorneado su interpretación actual sobre la materia; haré foco además en los fundamentos que les han dado sustento a sus decisiones y también, y esto es importante, repararé en el contexto económico y jurisprudencial en el que esas sentencias fueron dictadas.

Sobre el final, explicaré en detalle cuál es el modo que considero justo y razonable para resolver la cuestión que es objeto de agravio.

III.1. La doctrina legal de la Suprema Corte.

a. El puntapié inicial de la línea jurisprudencial que ha dado forma a la doctrina legal actual de la Suprema Corte tuvo lugar en mayo de 1991, cuando la Casación dictó el fallo "**Zgonc**" (Ac. 4348 del 21/05/1991). Allí resolvió que a los créditos pendientes de pago que han sido reconocidos judicialmente, trátense de responsabilidad contractual o aquiliana, los intereses moratorios devengados luego del 1/04/1991 deben liquidarse a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días.

El voto del Ministro Negri poco y nada dijo sobre los motivos que justificaban la elección de la tasa. Esa fundamentación llegaría algunos años después en las causas "**Cardozo**" [Ac.49.439 del 31/08/1993] y "**Gómez**" [Ac.49.441 del 23/11/1993] en las que la Corte argumentaría que el daño moratorio se repara con la tasa pasiva que obtiene el acreedor en una inversión ordinaria. La tasa activa -se dijo en aquella oportunidad- se sustenta en una hipótesis de hecho que no se puede presumir (la supuesta toma de un préstamo para sustituir lo debido) y que, de haber ocurrido, debe ser invocada y acreditada.

Tanto el dictado del fallo "Zgonc" por parte de la Suprema Corte bonaerense como el coetáneo "**Yacimientos Petrolíferos Fiscales**" de la Corte Federal (Fallos 315:158) se enmarcaron en una voluntad común de ambos cuerpos de alinearse con la política antiinflacionaria que acompañaba al recién instaurado Plan de Convertibilidad (Ley 23.928). Estos pronunciamientos se hicieron eco de las pautas desindexatorias contempladas en la Ley 23.928 (arts. 7 a 10) y se amoldaron a un plan económico que se caracterizó por una inflación decreciente y que llegó incluso hasta el 0% mensual, un tipo de cambio fijo y un Banco Central restringido en sus potestades de acción para adoptar medidas de política monetaria (v.gr., emisión de moneda).

Aquella época -explican Zambón y Giuliani- estuvo signada por las ideas de la ortodoxia económica conglomerada alrededor de las propuestas del *Consenso de Washington* y que se sustentaban en una serie de principios dirigidos a países en vías de desarrollo: disciplina fiscal, reducción del gasto público como herramienta de control fiscal, reducción de la inflación, reformas tributarias, privatizaciones, desregulación y tasas de interés determinadas por el mercado (pero con el énfasis en las tasas

positivas para incentivar el ahorro y evitar fugas). Eso fue, en definitiva, el modelo económico neoliberal que marcó el inicio de la década del 1990 [Zambón, Humberto; Giuliani, Adriana. *La inflación en Argentina*. Educo, Editorial de la Universidad Nacional del Comahue, 2009, pág. 128]

Las tasas pasivas que pagaban los bancos en depósitos a plazo fijo en aquella época -reitero: hechos en pesos bajo un sistema nominalista de paridad cambiaria- otorgaban resultados positivos, lo que generaba una ganancia para el ahorrista y constituía un argumento de peso para que varios tribunales optasen por utilizarlas para liquidar intereses moratorios en los litigios al interpretar el alcance de la tasa judicial del por entonces vigente art. 622 del Código Civil [e.g., las distintas Salas de este Tribunal, con diferentes integraciones, se plegaron a esta interpretación: Sala I, c. 81376 -"Banco de Galicia y Buenos Aires"- del 05/09/1991, c. 82364 -"Banco de la Provincia de Buenos Aires"- del 21/11/1991, entre otros; Sala II, c. 96081 -"Risoli"- del 26/03/1991, c. 86337 -"Ratti"- del 15/12/1992, c. 86877 "Di Zinnio"- del 16/03/1993; véanse además plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios", del 2/08/1993 y "Alaniz, Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI interno 200" del 23/03/2004, ambos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil;].

III.1.b. Abandonada la convertibilidad mediante la Ley 25.561 e iniciado un nuevo proceso inflacionario, los tribunales de apelación comenzaron a cuestionar la vigencia de la referida doctrina "Zgonc". Ésta decisión había sido adoptada en un marco de estabilidad monetaria y paridad cambiaria que podía justificar, al menos por hipótesis, una alícuota pasiva para calcular el daño moratorio. Pero esa realidad era muy distinta a la que siguió a la crisis del 2001.

La emergencia económica, el mantenimiento del régimen nominalista de las obligaciones dinerarias con repotenciación prohibida y el envilecimiento paulatino - pero a la vez constante- del signo monetario en el que se expresan las condenas [una vez abandonado el tipo de cambio fijo] generaron pésimos resultados en los depósitos a plazo fijo, con tasas que en prácticamente todos los períodos eran inferiores a la inflación real. Esta circunstancia se reflejaba en el pleito de un modo directo y pernicioso: el capital se depreciaba al son de la inflación y el interés moratorio - liquidado a tasas negativas- aseguraba la pérdida del valor real del crédito del actor triunfante (o lo que es lo mismo decir, el paso del tiempo perjudicaba al actor en la misma medida y proporción que beneficiaba ilegítimamente al deudor). Ello llevó a la judicatura a aplicar tasas bancarias activas que, de mínima, pudieran permitir al actor mantener el valor económico de su crédito.

Así lo hizo esta Sala en el caso "**Zibecchi**" en junio de 2007 (c. 126.644, del 21/06/2007) y otras Cámaras de Apelación de la Provincia de Buenos Aires. También lo había resuelto unos meses antes el pleno de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil al modificar lo resuelto en "**Vázquez**" y "**Alaniz**" (plenario "**Samudio de Martínez**", del 20/04/2009). La razón de fondo no era compleja: la depreciación del

capital de condena rara vez se veía compensada con suficiencia con la aplicación de tasas bancarias pasivas (menos aún con la que pagan los bancos en inversión de muy bajo riesgo) y los resultados prácticos que ello generaba eran ostensiblemente injustos para el actor.

Fue el marco de esta tendencia jurisprudencial inclinada hacia el uso de las tasas activas que la Suprema Corte dicta el fallo "**Ponce**" en octubre de 2009 (C. 101.744 del 21/10/2009). Por una intrincada mayoría de decisión y fundamentos, la Corte decidió que el criterio sentado casi dos décadas antes en el caso "*Zgonc*" debía mantenerse aun luego de abandonada la paridad cambiaria. Se reafirmó con ello la aplicación de la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires con posterioridad al 6 de enero de 2002 (idéntica solución, aunque en materia laboral, fue adoptada en el acuerdo L. 94.446, in re "**Ginoss**", de la misma fecha).

La Casación explicó -entre otros motivos sobre los que más abajo me detendré en detalle- que **i)** el interés por mora se identifican con la productividad que se ha frustrado a raíz de permanecer impago el capital adeudado; **ii)** no constituyen un rubro resarcitorio causado por el ilícito y que deba ser cuantificado; constituye un menoscabo experimentado por el acreedor a raíz del retardo imputable del deudor; **iii)** la tasa activa, o cualquier otra que exceda la pasiva, contiene componentes que no se compadecen con los intereses que debe afrontar el incumplidor moroso (gastos operativos, ganancia, encaje, riesgo, etc.); **iv)** la tasa activa tiene un plus que es el costo financiero de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales; **v)** la tasa activa constituye un modo solapado o encubierto de indexar el capital y ello está prohibido por los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928; **vi)** la desarticulación del sistema de convertibilidad no implica la necesidad de modificar el criterio que la SCBA desarrolló en "*Zgonc*".

A partir de lo resuelto por la Corte en "**Ponce**", este Tribunal se plegó a la doctrina legal dejando a salvo su opinión contraria, argumentando -al rechazar los agravios que exigían tasas activas- que el actor tenía ante sí un previsible resultado adverso en instancias recursivas extraordinarias que lo harían acumular innecesariamente tiempo de litigio y, con ello, tiempo de inflación impactando en el valor de su crédito (véase, entre otros, c. 143.933 -"*Márquez...*"- del 19/11/2009, c. 148294 -"*Pérez...*"- del 16/04/2013, entre muchos otros).

El argumento utilizado por la Sala fue cuestionado por colegas y profesionales del foro por tener un costado paternalista. Y la crítica, debo admitir, tenía cierto fundamento: al aplicar tasas pasivas sobre la base del eventual resultado adverso en la SCBA se terminaba imponiendo una suerte de protección a quien libremente había decidido ejercer las prerrogativas que emergen de un derecho personal disponible, asumiendo los riesgos procesales y económicos que ese camino de acción conllevaba. No había motivo, en principio, para sobreponer la decisión del Tribunal por sobre la libre voluntad del titular del crédito al exigir una tasa distinta a la que aplica la Casación.

III.1.c. La segunda década de este siglo se inició con una aceleración de la inflación que impactó de lleno en la regularidad del trámite y solución de los litigios.

El capital de condena comenzó a licuarse con mayor rapidez y los deudores se beneficiaban con cada segundo de tiempo que insume el pleito. Muchos jueces, dentro de los que me incluyo, volvimos a mostrarnos preocupados por esta situación y los resultados injustos que la tasa pasiva generaba en el crédito de los actores.

La decisión que adoptamos en aquel momento junto a mi estimado colega de Sala, Dr. Loustaunau, no fue insistir con las tasas activas [pues el fallo "*Ponce*" había sido una señal clara de la inconveniencia de ese camino] sino mejorar la tasa pasiva escogida por la Suprema Corte. Dictamos dos sentencias (casos "*Avila*" -causa 156.126, del 9/9/14- y "*Rojas*" -causa 155.954, del 04/09/2014) en las que se buscó una solución alternativa, compatible -en lo posible- con la doctrina legal de la Corte. La opción escogida fue utilizar la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo "digital" a treinta días (es decir, aquellos cuyos fondos son captados no por ventanilla sino a través del sistema Homebanking de la entidad, denominado comercialmente "Banca Internet Provincia" o "BIP"), y en su modalidad "tradicional" (esto es, sin posibilidad de cancelar anticipadamente).

El razonamiento detrás de esta elección era el siguiente: aceptando -por estrictas razones de casación de hecho- que el interés moratorio representa "*la productividad que se ha frustrado a raíz de permanecer impago el capital adeudado*" (SCBA, in re "*Ponce*...", voto del Dr. Genoud), y que tiende a "*resarcir la renta de la que se vio privado el acreedor durante el lapso en que no pudo disponer de los fondos que se le adeudaban*" (id., voto del Dr. Soria), resultaba prudente escoger, entre las diversas tasas pasivas disponibles en la banca pública bonaerense, aquella que represente el mejor rendimiento para el acreedor insatisfecho (pues es esa la conducta que razonablemente puede presumirse que hubiera observado la víctima de haber recibido el capital en tiempo y forma, colocándolo en una inversión bancaria). En aquel entonces el plazo fijo más rentable era el constituido por *homebanking*.

Esta tasa "BIP" tenía la virtud de garantizar el respeto a las tres pautas dadas por el Máximo Tribunal en su doctrina legal (SCBA, causas C. 43.858, "*Zgonc*...", 101.774 "*Ponce*..." y L. 94.446 "*Ginossi*...", et. al), en tanto: **(a)** se trata de una tasa pasiva, **(b)** corresponde a una operación de depósitos a treinta días y **(c)** se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización. En la causa "*Zocaró*" (RI. 118615 de fecha 11/03/2015) la Suprema Corte consideró que aquella alícuota no era violatoria de su doctrina legal.

III.1.d. Por desgracia la situación no mejoró en los años subsiguientes: en la segunda mitad de la década de 2010 la economía se contrajo y la inflación continuó escalando a niveles alarmantes.

En los años 2016, 2017 y 2018 el Índice de Precios al Consumidor promedió el 42% anual [Fuente: INDEC] y las crónicas periodísticas dieron cuenta que la inflación de

2019 fue la más alta en los últimos 28 años, con un índice que trepó hasta el 53,8% con relación al año anterior (Muscatelli, Natalia, "*La inflación de 2019 fue la más alta de los últimos 28 años*", Diario Clarín del 15 de enero de 2020; disponible *online* en clarin.com).

La tasa "BIP" rápidamente mostró su debilidad: era y continúa siendo una tasa negativa que es inútil a la hora de mantener el valor económico del capital de condena. Su aplicación en la práctica genera incentivos para que deudores malintencionados tomen provecho del litigio como mecanismo de licuación de pasivos (resultándoles conveniente ser demandados o, si ya están en juicio, demorar el trámite del pleito a como dé lugar) o incluso -tratándose de deudores solventes- como una forma ilegítima de financiación en la que demoran el pago de lo debido, licuan su deuda e -ínterin tramita el pleito- hacen rendir ese capital por medios más redituables [v. esta Sala, *in re* "Curry", c. 162215 del 27/4/2017].

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en agosto de 2015 poco y nada cambió este panorama. La crisis monetaria y la pérdida del poder adquisitivo del peso argentino ha tenido -y continúa teniendo hasta hoy- previsible fricciones con el sistema nominalista que rige en nuestro país desde la sanción de la Ley 23.928, que mantuvo la Ley 25.561 y que sostiene el Código Civil y Comercial: aún hoy -y como desde 1991- el deudor de una obligación de dar sumas de dinero debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada y no es posible acudir a mecanismos de indexación o repotenciación (art. 619 del CC y 765 del CCyC). Esta solución es problemática si la obligación se paga en un momento posterior a su nacimiento, como ocurre con cualquier deuda que es sometida a litigio: el *valor real* de lo debido difiere de su *valor nominal* y el monto dinerario que finalmente el deudor entrega al acreedor, mediando inflación, ya no tiene la aptitud de satisfacer la expectativa patrimonial del litigante (sea la que tenía al momento de nacer el vínculo obligacional o incluso la que tenía al ser notificado de la sentencia que le fue favorable).

El nuevo Código Civil y Comercial no modificó este esquema. Solo lo "moderó" -dicen algunos autores- al reconocer en el art. 772 la categoría de deuda de valor (una herramienta que, en rigor de verdad, ya tenía recepción jurisprudencial desde hace más de medio siglo). La ley ahora reconoce obligaciones en la que el *dinero no es lo que se debe sino lo que se paga* y en las que el acreedor invoca un *quid* o *utilidad* que puede ser cuantificada en un momento posterior al nacimiento del crédito.

Este artilugio, diseñado originalmente como una salida teórica para evitar las injusticias que genera el nominalismo en épocas de crisis monetaria, se ha utilizado de manera generalizada en la amplia mayoría de los procesos que tramitan ante el fuero civil, comercial y de familia (responsabilidad civil, medianería, colaciones, alimentos, etc.). Pero, aun así, el mayor provecho que tiene este recurso conceptual se ha visto desvirtuado por el sistema de "conversión" que el legislador reguló en el art. 772 del CCyC: la deuda de valor, dice el artículo, *en algún momento* -que no se aclara cuál es- *se convierte en obligación dineraria* y si ello no ocurre con el pago, la protección del crédito frente a la inflación se ve severamente limitado. En el proceso

judicial -salvo supuestos excepcionales- esa conversión opera en la sentencia definitiva y en algunos casos incluso antes: en la etapa de producción de las pruebas a cuyo resultado el propio actor supedita su reclamo (lo que, congruencia mediante, constituye el techo nominal para cuantificar en dinero el valor controvertido según una reiterada doctrina legal de la Suprema Corte).

En cualquier caso, y pese a la utilidad que tiene [o debiera tener] la noción de deuda de valor para minimizar el impacto de la inflación en el equilibrio económico de las relaciones controvertidas en el proceso, lo cierto es que las condenas judiciales terminan siendo necesariamente dinerarias y se licúan a medida que pasa el tiempo y se transitan las instancias recursivas (ordinarias y extraordinarias) y la etapa de ejecución (liquidación y -eventualmente- embargo, venta forzada y cumplimiento).

La combinación del nominalismo -aun en su versión moderada- con la constante depreciación del signo monetario y el funcionamiento limitado de la categoría deuda de valor (que en los últimos años la judicatura ha usado de manera cotidiana pero que en el mejor de los casos protege al crédito solo hasta su conversión en la etapa probatoria o en la sentencia), genera un resultado ya conocido: basta el paso del tiempo que insume todo pleito para que el crédito del actor se vea desmantelado en su valor real por la pérdida del poder adquisitivo de las unidades monetarias en las que se expresa naturalmente (si es dinerario) o en las que se expresará por conversión, al ser cuantificado en dinero por un juez (si es de valor).

Mediando inflación y no pudiéndose acudir a mecanismos de corrección o repotenciación, cada minuto que pasa el deudor condenado debe menos y su beneficio es proporcional al deterioro patrimonial que padece el acreedor triunfante. Una tasa moratoria negativa no hace más que agravar e intensificar este problema.

III.1.e. Es en este contexto -crítico, acuciante- que en mayo de 2016 la Suprema Corte volvió sobre el tema de la tasa judicial para liquidar intereses moratorios (arts. 622 del CC y 768.c. del CCyC). Pero la decisión fue insistir en el uso de tasas pasivas propias de inversiones bancarias de bajo riesgo.

El caso fue "**Ubertalli**" (causa B. 62.488) y allí la SCBA resolvió que al crédito de la reclamante -sobre el cual tampoco había tasa legal o convencional aplicable- debían adicionársele intereses moratorios a calcular conforme «*la tasa pasiva más alta*» fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso». Poco menos de un mes después, el mismo Tribunal dictó sentencia en autos "**Cabrera**" (causa C. 119.176, del 15/06/2016), ratificando -ahora en un caso de derecho civil- lo afirmado en "**Ubertalli**" aunque agregando que los intereses debían liquidarse desde el día del hecho (fallo cit., voto de la Dra. Kogan, considerando V.b, último párrafo).

Lo decidido en “Cabrera” fue importante por otra razón complementaria: una de las partes había objetado el uso de una tasa pura del 4% anual para los intereses devengados desde el día del accidente hasta la fecha de la sentencia con relación a ciertos rubros. Al decir de la Corte provincial, los intereses moratorios deben liquidarse desde el día del hecho dañoso (es decir, y utilizando la terminología del nuevo digesto civil: desde que se produce «*cada perjuicio*»; art. 1748 del C.C.C.) sin que quepa efectuar distinciones según el tipo de rubro indemnizatorio que se trate o el valor actual o histórico que hubiere sido tenido en cuenta para su cuantificación dineraria. Esta tesitura -implícita en “Cabrera”- fue luego confirmada expresamente en “**Padín**” (C. 116.930, sent. del 10/08/2016).

Este modo de liquidar intereses moratorios podía considerarse defectuoso ya que si se utilizan tasas bancarias [pasivas o activas] que han sido determinadas en función del fenómeno inflacionario y se las aplica en forma retroactiva sobre un capital que ya fue cuantificado teniendo en cuenta el envilecimiento del signo monetario (sea por vía de indexación, o vía de cuantificación actualizada de un cierto valor controvertido), se produce una distorsión que altera el significado económico de la condena y que encierra -en este punto- un enriquecimiento del acreedor que carece de causa (la modalidad de tramos de tasas puras y judiciales ya había sido convalidada por la Corte Federal para evitar estos problemas en fallos que se remontan hasta los inicios de la década del setenta; véase, entre otros, “*Nación Argentina c. Rodríguez de Moldes*” -Fallos: 283:235, del 16/08/1972-, “*S. A. La Razón E.E.F. y C. c/ Nación Argentina*” -Fallos: 283:267, del 30-08-1972- y en “*Tawil, Ricardo S. y otro c. Teisaire, Arturo*” (Fallos: 288:164, del 11-03-1974, por solo mencionar algunos).

En los hechos, liquidar intereses “desde que se produce el perjuicio” sin distinguir el momento en que se cuantificó la deuda de valor terminaba generando una suerte de compensación indebida -aunque en cierta forma justa- a favor de una víctima que ya había sido perjudicada: el actor terminaba recibiendo por un lado (intereses mal liquidados) parte de lo que perdía por el otro (capital depreciado por la inflación acumulada durante la mora).

III.1.f. La última etapa de evolución de la doctrina legal de la Corte con sede en La Plata -y que termina de moldear su interpretación actual- se vincula con la corrección del sistema de liquidación de los intereses fijado en “*Cabrera*” y en “*Padín*” (el punto «iii» de los mencionados en el apartado anterior).

En 2018 el Alto Tribunal parece advertir las objeciones que podían ser formuladas sobre ese modo de calcular los acrecidos por mora y cambia su posición en los fallos “**Vera**, Juan Carlos” (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y “**Nidera S.A.**” (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018).

Dice allí que en los casos en los que sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un *quantum* a valor actual (como ocurre en la vasta mayoría de los litigios de responsabilidad civil), los intereses moratorios sobre el crédito indemnizatorio deben liquidarse aplicando una tasa pura del 6% anual que se devenga

desde que se hayan producido los perjuicios y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.). De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (en este punto se mantiene vigente lo resuelto en “Cabrerá...” -c. 119176, del 15-6-2016).

Se distinguen entonces dos tramos de tasas: uno a base de alícuotas puras (desde la mora hasta el momento tenido en cuenta para cuantificar en pesos la deuda de valor controvertida) y otro al cual se le aplica la tasa judicial (pasiva “más alta”, según lo resuelto en “Cabrerá”). El “momento” de cuantificación al que refiere la SCBA en “Vera” y “Nidera S.A.” no es otro que *la conversión* que regula el art. 772 del CCyC para supuestos de deudas de valor.

Esquemáticamente:

[Gráfico 1 del Anexo I que acompaña a esta sentencia en formato digital]

La noción de deuda de valor y la consecuente posibilidad de ser cuantificada judicialmente mediante referencias económicas actuales constituyen un piso de protección del valor económico del crédito controvertido. Pero -reitero- esa protección es parcial y no opera durante todo el trámite del litigio. Una vez fijado el *quantum debeat* (una condena expresada en pesos), el crédito queda indefectiblemente expuesto a la inflación. Liquidar los intereses mediante el uso de tasas negativas - como aquella que propone la Casación- no solo no permite resarcir el daño moratorio sino que asegura la pérdida del valor económico del crédito del actor.

III.2. ¿Es posible apartarse de la doctrina legal?

La respuesta es afirmativa y explicaré por qué.

No existe en el ordenamiento jurídico bonaerense -como tampoco en la Nación- norma expresa alguna que obligue en forma directa a los jueces inferiores a resolver los litigios de conformidad con la doctrina legal fijada por la Suprema Corte de Justicia Provincial en casos análogos. Sus pronunciamientos no resultan vinculantes para el resto de los magistrados provinciales, más allá que por razones de celeridad y economía procesal, y también deber moral, los judicantes adecuen sus sentencias a la doctrina del Alto Tribunal (mi voto en causa “Zibecchi”, c. 126.644, del 21/06/2007).

Pero es cierto que desde finales de la década de 1950 la Casación había marcado con relativa firmeza la noción de «deber moral e institucional» de ajustar las decisiones a las interpretaciones que constituyen doctrina legal. Así, se afirmó que «los tribunales inferiores tienen el deber moral de conocer la doctrina legal del superior y -sea por la razón que fuere- si no la comparten, marcar sus diferencias» y que «el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley tiende a procurar y mantener unidad en la jurisprudencia y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio de la Corte, insistiesen en propugnar soluciones que

irremisiblemente habrían de ser casadas. Esto no menoscaba el deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta con dejar a salvo sus opiniones personales» (SCBA, Ac. 2845 "Edelmann..." del 17/11/1959, Ac. 31.507 "Provincia de Buenos Aires..." del 26/10/1982c. 43.223 -"Ramos..."- del 17/1/1992, entre otros).

Esta postura ha sido flexibilizada en años recientes, sobre todo a partir de lo dicho en el caso "Salinas" (C.117.292 del 01/04/2015). Allí la Corte insistió en que sus pronunciamientos tienen efectos vinculantes sumamente fuertes respecto de las demás instancias, no obstante agregó que -y cito textual- «resolver de una forma contraria a lo que en ellos se establece **(lo que, por supuesto, es posible) exige que sean exhibidas razones convincentes, decisivas y atinentes de opuesto sentido**» [de fecha más reciente, véanse C.118.968, "Torres", del 15/07/2015 y C. 120.890, "Canales", del 18/04/2018, el resaltado me pertenece).

De lo dicho se sigue que el deber moral e institucional de seguir al pie de la letra la doctrina legal de la SCBA (dejando a salvo la opinión personal del juez, si fuere distinta) no excluye un razonable margen de decisión para que los tribunales puedan resolver en modo diverso, prerrogativa que queda condicionada a que existan -y se vuelquen en el fallo- motivos fundados para así hacerlo.

En concordancia con la precitada opinión de la SCBA, expondré seguidamente las razones que estimo *convincientes, decisivas y atinentes* y que permiten arribar a una solución diversa a la que se desprende de la doctrina legal en materia de tasa de interés moratorio.

III.3. ¿Por qué es necesario apartarse de la doctrina legal?

Sin perjuicio de las fundadas razones esbozadas por la Suprema Corte para justificar a lo largo de los años su doctrina (sobre todo, en los fallos **Cardozo** -1993-, **Ponce** -2009- y **Cabrera** -2016-) y que, además, son argumentaciones compartidas por un amplio conjunto de los tribunales bonaerenses, entiendo que varias de las premisas que dan soporte al criterio cortesano admiten objeciones que intentaré explicar en los apartados que siguen.

III.3.a. Primero: el error de escoger una tasa negativa

i. La Suprema Corte considera que el plazo fijo a treinta días que el Banco de la Provincia de Buenos Aires ofrece a sus clientes constituye la modalidad de ahorro que hubiera permitido al acreedor obtener una renta (aquella que la mora del deudor terminó frustrando).

El problema más importante que subyace a esta propuesta fue anticipado en los párrafos precedentes: la tasa que el Banco de la Provincia paga a sus clientes por captar sus ahorros mediante depósitos a plazo fijo es [y ha sido desde hace muchos años] negativa. Una tasa negativa (es decir, inferior a la inflación), por definición, es incapaz de cumplir la función que se le adjudica en los artículos 622 del CC y 768.c del CCyC (reparar el perjuicio ocasionado por la mora del deudor).

El uso de tasas pasivas pudo tener sentido en el momento en el que originalmente fue planteada, a inicios y mediados de la década de 1990 (fallos “Zgonc” -1991-, “Cardozo” -1993-, y “Gomez” -1993-). Como ya dije, el Plan de Convertibilidad generó una economía relativamente estable a base de un tipo de cambio fijo y una paridad peso-dólar. Ello permitió que las tasas por depósitos bancarios ofrezcan resultados positivos y, en la medida en que el capital que no se depreciaba, las alícuotas que pagaban los bancos permitían que el depositante recibía un “plus” (un interés, una renta) por prestarle su dinero a la entidad financiera mediante una colocación a plazo fijo.

Pero no es esa la realidad que sobrevino a la crisis del 2001 y a la salida de la convertibilidad. Con inflación galopante y una crisis económica acuciante, las tasas pasivas bancarias utilizadas como referencia para liquidar intereses judiciales comenzaron a dar resultados negativos frente a la depreciación del capital. Ya en marzo de 2017 las crónicas periodísticas explicaban que, según la información publicada por el Banco Central de la República Argentina, **«el plazo fijo fue uno de los peores negocios de la última década»** y que las tasas pagadas por los bancos **«nunca le ganaron a la inflación desde 2003»** (Rafele, Esteban, "En una década, los plazos fijos perdieron más del 100% contra la inflación", Todo Noticias Online, del 03/03/2017, disponible en tn.com.ar).

En la actualidad poco ha cambiado. Si uno analiza la evolución de las tasas “más altas” que pagó el Banco de la Provincia de Buenos Aires por depósitos a treinta días en los últimos años (aquella que se paga si se constituye mediante *homebanking*) y se la compara con la evolución del IPC (o sea, con la evolución del poder adquisitivo del capital destinado al ahorro), no es complejo concluir que al mediano y largo plazo se trata de una modalidad de ahorro con **resultados persistentemente negativos**, prácticamente ruinosos. Un mecanismo para perder dinero o mediante el cual, en el mejor de los escenarios, el cliente intenta “no perder tanto” frente a una inflación que derrite el poder adquisitivo de su capital.

Por fuera de aislados, excepcionales y brevísimos períodos de tiempo (usualmente coincidentes con desequilibrios cambiarios y subas en el precio del dólar), la tasa real del plazo fijo del Banco Provincia ha sido siempre y continúa siendo negativa. Esto significa que la tasa nominal que publica la entidad financiera aparenta ser elevada (43%, 20%, 50%, etc.) pero en términos reales -y no meramente nominales- es siempre inferior a la tasa de inflación esperada. El plazo fijo, constituido y renovado continuamente durante el tiempo que usualmente duran los pleitos, es un modo sistemático de empobrecerse frente a la inflación. Como diría Barbero, en un giro tan crudo como cierto al referirse a inversiones a tasas negativas: *es una modalidad absurda en la que el ahorrista no solo no gana -y por lo tanto, no recibe un interés- sino que paga [pierde] para que otros usen su dinero* (“Intereses moratorios”, Buenos Aires: Astrea, 2000, p.74).

La única operación respecto de la cual el plazo fijo constituye una opción superadora es la custodia privada del dinero, alejada de cualquier tipo de inversión formal en el sistema financiero (la llamada “plata en el colchón”). Respecto de todas las demás, el depósito a plazo es la peor opción posible y constituye una pérdida previsible para el inversor bonaerense.

A ello se suma un agravante: la Suprema Corte -siguiendo en este punto la doctrina de la Corte Federal: Fallos: 316:3131 -“*Fabiani...*” del 16/12/1993 y Fallos: 325:2652 -*Okretich...*”- del 15/07/1997- no admite la capitalización de intereses moratorios, pues no hay pacto que lo autorice y ni el art. 623 del CC ni el 770 del CCyC contemplan a este supuesto dentro de los casos autorizados de anatocismo. Esto significa que la inversión bancaria que constituye la referencia para la cuantificación del daño generado por la mora opera de la peor manera posible: el ahorrista que afecta durante años un dinero a plazo fijo pero que en lugar de renovar mes a mes el depósito capitalizando las rentas devengadas (y, con ello, aumentando la base para liquidar futuros intereses), opta por retirar las ganancias y afectar únicamente el capital originario a un nuevo período.

ii. Para no ceñir mi argumento a definiciones exclusivamente conceptuales, me permito hacer algunas cuentas para ejemplificar el problema.

Imaginemos un hipotético pleito en el que el actor triunfa y le es reconocido un capital de condena de \$350.000 en mora desde enero de 2017 y cancelado en enero de 2020 (en nuestro ejemplo no habrá tramos de tasas de interés puras sino que se utilizarán exclusivamente tasas bancarias durante todo el período de mora). Tres años es un plazo razonable de duración de un pleito (incluyendo etapas de postulación, debate y prueba mediante sistemas de oralidad, recursos ordinarios y ejecución) e incluso hago foco en períodos posteriores al mes de base que el INDEC constituyó al modificar la medición del IPC (diciembre de 2016=100). De ese modo, utilizaré estadísticas públicas posteriores al período 2007-2015 en el que la fiabilidad de los datos reportados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos fue objeto de severos cuestionamientos.

En el cuadro que sigue, comparo el capital nominal de condena (\$350.000), su actualización anual por IPC-GBA (que nos dice cuántas unidades monetarias necesitamos en la provincia de Buenos Aires para equiparar el poder adquisitivo del capital original), la dimensión de la pérdida del poder adquisitivo del capital (puro, sin intereses) y, finalmente, el capital de condena liquidado con intereses calculados a la tasa judicial más alta que paga el Banco Provincia en depósitos a 30 días. El cálculo de actualización por medio del IPC lo hice mediante cálculos propios en Excel y en el que utilicé estadísticas públicas [como dije, el IPC-GBA difundido por el INDEC] aunque similar resultado se obtiene acudiendo a herramientas online (por caso, la aplicación disponible en el sitio www.calculadoradeinflacion.com), en tanto que las liquidaciones de la columna final las hice con el calculador de intereses de la página

web de la Suprema Corte que se nutre de la información brindada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires:

	Capital nominal de condena	Capital actualizado (IPC-GBA)	Depreciación acumulada del capital	Capital de condena + tasa más alta depósitos a 30 días [doctrina legal]	Depreciación del capital liquidado con tasa más alta depósitos a 30 días
Enero de 2017	\$ 350.000,00	-			
Enero de 2018	\$ 350.000,00	\$ 439.013,63	20,28%	\$418.937,45	4,58%
Enero de 2019	\$350.000,00	\$ 653.870,41	46,48%	\$532.048,97	18,64%
Enero de 2020	\$ 350.000,00	\$993.218,90	64,77%	\$ 683.598,41	31,18%

El cuadro es ilustrativo y permite hacer algunas observaciones.

La primera es que **se necesitaron en enero de 2020 \$993.218,90 para equiparar el poder adquisitivo de los \$350.000** de enero de 2017 (insisto: hablo aquí del capital puro que el actor tenía derecho a cobrar, desprovisto de cualquier interés moratorio). Luego, cualquier liquidación de ese capital de \$350.000 a enero de 2020 que sea menor que \$993.218,90 constituirá una pérdida directa para el acreedor. En segundo lugar, el capital de condena con más intereses calculados con la tasa propuesta por la doctrina de la Suprema Corte arroja un total de \$683.594,41 que equivale al 68,82% del capital actualizado **sin intereses** (o sea, la deuda liquidada con más de 36 meses de devengamiento de intereses arroja un total que equivale a solo dos tercios del valor real del capital original). En tercer lugar, la aplicación de la tasa pasiva *más alta* que ofrece el Banco de la Provincia de Buenos Aires para plazo fijo digital a treinta días **es negativa en todos los períodos** durante los cuales operó la mora e igual carácter tiene al momento del pago. Por último, se aprecia que durante la mora **el capital del actor se depreció un 64,77%** y **los intereses devengados a la tasa más alta que paga el Banco Provincia por depósitos a treinta días importaron una pérdida neta del 31,18% del capital** (los 683.598,41 pesos no logran alcanzar los \$993.218,90 que serían necesarios para, al menos, no perder poder adquisitivo del capital).

En el siguiente gráfico muestra la evolución comparada de ambos resultados negativos, la pérdida del poder adquisitivo del capital puro frente a la inflación y el

resultado -también de pérdida- que se obtiene de adicionar al capital el interés a la tasa propuesta por la SCBA:

[Gráfico 2 del Anexo I que acompaña a esta sentencia en formato digital]

El resultado salta a la vista: la tasa “más alta” que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires por sus depósitos mensuales -aplicada sin capitalización- solo permite *atenuar en parte* la licuación del crédito. El actor que triunfa en el litigio no solo no recibe ni un centavo de interés moratorio (puesto que ninguna reparación obtiene por las consecuencias de la mora) sino que además recibe *muchísimo menos* del valor real del capital de condena: los \$350.000 que recibe en enero de 2020 conservan solo el 35,23% del poder adquisitivo que tenía esa misma suma cuatro años antes, al momento en que el deudor debió cumplir su obligación. Adicionarle los intereses a la tasa propuesta por la SCBA solo logra atenuar un pésimo resultado: el total a abonar representará el 68,82% del valor original del capital sin intereses. Todo lo que pierde el actor constituye -en idéntica medida- una ganancia ilegítima para el deudor incumplidor.

iii. La Corte Federal ha resuelto en forma reiterada que *“uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley y, además, la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto”* (in re “Baliarda, José L. y otros”, Fallos: 303: 917, del 2/7/81, el subrayado me pertenece; con cita de precedentes en Fallos 234:482, 295:1001, 299:167, entre otros; más recientemente en Fallos 305:1254, 332:2307).

Lo que he intentado exponer en los párrafos precedentes es que la Casación bonaerense propone una tasa bancaria que, por los resultados que ha tenido en los últimos quince años, termina siendo incompatible con la finalidad técnica que contempla la regulación legal del instituto (art. 622 del CC y 768 del CCyC). Una tasa negativa puede tener sentido desde el punto de vista macroeconómico (por caso, por ser consecuencia de decisiones de política monetaria, voluntad de las autoridades de fomentar el consumo, etcétera), pero no puede operar útilmente como mecanismo de reparación de un perjuicio patrimonial (y tal es, en definitiva, el propósito que le adjudica el legislador al interés moratorio).

Las tasas negativas nada reparan, nada indemnizan. Una decisión jurisdiccional que aplica tasas negativas no solo resulta contra intuitiva (pues, para cumplir la manda legal de *dar algo más* los jueces terminamos aplicando una referencia que bien sabemos asegura *dar mucho menos*), sino que además constituye un absurdo: algo semejante a indemnizar un daño mediante una suma de dinero representada por un número o valor negativo (lo que, en los hechos, implica que es el acreedor quien “le paga” al deudor el costo de la mora mediante una compensación inexistente del daño y -más grave aún- una disminución sistemática de su crédito).

La propuesta de la Suprema Corte de utilizar tasas negativas -o, lo que es lo mismo, proponer tasas bancarias sin reparar en el verdadero rendimiento que el contrato ha tenido en períodos pasados- pone evidencia una contradicción insalvable en su argumentación, y más precisamente, entre la premisa técnica que la Corte expone en la opinión mayoritaria en “*Ponce*” para cuantificar el daño moratorio (recordemos: la presunta renta perdida de un capital destinado al ahorro) y el producto bancario escogido para abastecer ese propósito. En la actualidad -y desde hace por lo menos tres lustros- no solo el ahorrista no obtiene “algo más” (lo que, idealmente, debiera ser el interés) sino que al retirar el dinero luego del plazo en el que lo depositó en el banco se llevará mucho menos de lo que originalmente había entregado (lógicamente, no en términos nominales -o de cantidad de unidades monetarias- sino de poder adquisitivo de esas sumas).

En definitiva, la utilización de una tasa negativa no solo refleja lo que a mi modo de ver constituye una debilidad teórica de la doctrina judicial vigente (un desfasaje entre el fin contemplado por la ley [reparar el daño moratorio] y el medio escogido para cumplirlo [una alícuota que solo asegura pérdidas]), sino que además genera efectos prácticos completamente nocivos en el proceso, sea en términos de justicia de la decisión que pone fin al diferendo (y en los que se reconocen derechos que rápidamente se deprecian), sea en términos de generación de incentivos perniciosos que fomentan el litigio innecesario, sea en términos de habilitar financiación judicial de deudores solventes, etcétera.

III.3.b. Segundo: la ficción de un actor con capacidad de ahorro

i. El interés por mora es el resarcimiento por la falta de cumplimiento puntual y oportuno de la obligación: es una indemnización que se devenga *ex lege* y que busca reparar el daño que genera el pago tardío de lo debido. Es un perjuicio que se presume (o, como decía el hoy derogado art. 560 del C.Com: se debe “*aunque el acreedor no justifique pérdida o perjuicio alguno*”) y que guarda relación causal -adecuada y también presunta- con el incumplimiento de la obligación.

Ni el sistema escogido por Vélez con influencia de la legislación francesa [art. 622 del CC] ni el actual [art. 768.c del CCyC] admiten una consideración concreta de este daño, lo que implicaría el enorme costo de indagar en cada supuesto particular qué inconvenientes generó la mora para el acreedor litigante. Para evitar ese problema la ley regulaba y regula actualmente un mecanismo de tarifación en abstracto mediante el uso de una tasa o alícuota de interés con el cual se cuantifica el accesorio que acrece al capital. De acuerdo a lo normado en los artículos 622 del Código Velezano y 768 inc. “c” del Código Civil y Comercial, el interés debe ser liquidado a la tasa que hubieren convenido las partes, a la que resulte aplicable por ley o la que fije el juez.

La pregunta central es *qué tasa debe elegir el juez allí donde las partes y la ley nada previeron al respecto*, como ocurre -por caso- en la vasta mayoría de los pleitos de responsabilidad civil. La respuesta a este problema no es sencilla.

Desde un punto de vista estrictamente teórico, el problema de la elección de la tasa de interés se vincula con la consideración del tipo de daño que sufre el acreedor. Para ello se postulan ideas-ficción basadas en un modelo de comportamiento presunto de un acreedor impago («¿Qué hubiera hecho el actor [cualquier actor] con el dinero si el deudor le hubiera pagado en tiempo y forma?»), todo ello como modo de racionalizar la tarifación genérica del perjuicio, con independencia de consideraciones concretas de lo que ocurre en cada pleito y con independencia también de lo que hubiera hecho -o efectivamente hizo- cada acreedor en particular.

Aquí las aguas se dividen en dos posiciones antagónicas y por todos conocidas. Por un lado, están aquellos que identifican el daño del acreedor con un lucro cesante representado por la frustración de la renta que hubiera obtenido el actor de haber colocado a plazo fijo el capital que el demandado le adeuda (proponiendo para ello el uso de la tasa que paga el Banco Provincia para captar el ahorro público -tasa pasiva aplicable al tipo de negocio de captación-). Esta posición presupone que el acreedor, de haber sido satisfecho en tiempo y forma, hubiera utilizado el dinero para el ahorro y la obtención de una retribución mediante una inversión bancaria de bajo riesgo.

Del otro lado, están quienes identifican el daño moratorio con el costo que le conlleva al acreedor tener que recurrir al crédito para suplir la ausencia de un dinero que estaba destinado al consumo de bienes y servicios. En tal hipótesis, el perjuicio se repara reconociendo al acreedor un interés calculado a la tasa que cobró la entidad financiera en una determinada operación de crédito (la tasa activa vinculada a la forma de financiación que se considere que acudió el acreedor para sustituir el capital debido).

ii. Como reseñé en párrafos precedentes, la Suprema Corte identifica al daño moratorio con un lucro cesante consistente en la productividad frustrada por la falta de pago del capital adeudado (cons. III.b.i. del voto del Ministro Genoud in re “Ponce”, cit.). Tal es el modo en que conceptualizan la reparación tarifada que regula el art. 622 del CC y actual 768.c de CCyC.

Este modo de cuantificar el perjuicio admite algunas críticas.

El ejercicio argumental de postular modelos de comportamiento presunto como modo de tarifar en abstracto el perjuicio del acreedor [proponiendo una ficción sobre *lo que hubiera hecho el actor si el demandado le pagaba oportunamente*] no debe ser llevado a cabo sin una atenta consideración de la coyuntura en la que esa propuesta conceptual opera. Es decir, la presunción legal que subyace al interés moratorio no debe diseñarse sobre la base de hipótesis implausibles o improbables en el ámbito y en el contexto en el cual cumplen su propósito. Al contrario: aun cuando esa ficción aprehenda un conjunto enorme de situaciones disímiles (que en algún caso coincidirá con la realidad y en otros tal vez no), es razonable -al menos metodológicamente- escoger aquel modelo que consideremos *más probable* o el que pueda representar a *la mayor cantidad de situaciones* que se verifican en los pleitos.

El punto que quiero destacar es que en el marco de una crisis como la que atraviesa nuestro país desde hace más de una década (agravada, sin duda, en los últimos cinco años), con preocupantes niveles de inflación que deprecian el ingreso de las familias bonaerenses y con una pandemia generada por el virus COVID-19 que ha dejado consecuencias económicas que todavía no hemos logrado dimensionar, no resulta prudente afirmar que la generalidad de los actores que litigan un crédito resarcitorio o de otra naturaleza en los tribunales de justicia hubieran destinado el capital que se les adeuda al ahorro y a la inversión a plazo fijo.

Mis casi treinta años de abogacía y más de una década en la función jurisdiccional me llevan a afirmar -no sin asumir algún riesgo de equivocarme- que la situación de la mayoría de las personas que golpean las puertas del Poder Judicial en busca del reconocimiento de un derecho (sobre todo, víctimas de daños injustos en pleitos de responsabilidad civil) no es compatible con la ficción de un acreedor que puede disponer de un excedente para invertir en el sistema financiero.

Me parece más razonable -o, como dije, *más acorde a lo que ocurre en la generalidad de los casos*- afirmar que, en aquel particular y delicado contexto económico, el capital impago era un dinero que el acreedor bonaerense iba a destinar al consumo de bienes y servicios: comprar comida, afrontar gastos de vivienda, cubrir costos de educación de sus hijos, pagar servicios públicos, reparar o acondicionar bienes muebles o inmuebles propios, etcétera. Ello sin contar que muchas de las indemnizaciones, por la naturaleza del daño que pretenden reparar, permiten presumir un uso *puntual y específico del dinero adeudado* que no es compatible con la afectación a plazo fijo sino con el consumo de bienes y servicios (v.gr., el daño moral frente a una afectación espiritual presupone el consumo de aquello que genere satisfacciones sustitutivas y compensatorias; la indemnización por lucro cesante presupone el uso del dinero para cubrir el ingreso afectado por las lesiones sufridas por la víctima que le imposibilitaron ejercer sus labores, etcétera).

De lo anterior se sigue que el interés moratorio no debe suplir un lucro cesante basado en un hipotético ahorro a plazo fijo sino indemnizar el daño emergente representado por el costo de sustitución del capital que el deudor no ha querido o podido pagarle oportunamente a su acreedor y ello, a su vez, supone el reconocimiento judicial de una tasa moratoria activa vinculada con la operación bancaria a la que consideremos que debió acudir para procurarse ese dinero.

No solo no creo que haya motivo suficiente para argumentar -como lo hizo tanto la SCBA en "**Cardozo**" como la CSJN en "**YPF**"- que una forma de perjuicio es susceptible de ser presumido (el lucro cesante consistente en la renta frustrada -indemnizable por vía de una tasa pasiva-) y la otra no (el daño emergente generado por el acceso al crédito para suplir el capital debido -resarcido por vía de tasa activa-), sino que hay más y mejores razones, sobre todo coyunturales, para afirmar que la solución es exactamente la inversa: la hipótesis que se considera la regla es, en verdad, la excepción.

En “**Cardozo**” la Suprema Corte replicó el argumento contenido en el considerando 36 de “**YPF**”: la idea de que la renta perdida -entendida como un lucro cesante- constituye la consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación y que todo otro daño mayor (por caso, el tener que acudir al crédito para reemplazar al capital debido) constituye una consecuencia mediata que exige prueba en concreto.

El error de este encuadre ha sido refutado por Alterini hace ya muchos años: tanto el daño emergente como el lucro cesante son componentes del daño resarcible y ambos pueden constituir una consecuencia inmediata tanto como una mediata. La atribución de ciertas consecuencias al incumplidor es un debate que hace a *la causalidad* (como adecuación y determinación de la extensión del resarcimiento), en tanto que las nociones de daño emergente y lucro cesante *hacen a la teoría del daño*. Nada obsta a que el daño emergente (la tasa activa) sea consecuencia inmediata del incumplimiento. De hecho, muchas veces constituye una consecuencia conocida o conocible para el deudor, quien sabe o debe saber que si no paga su deuda el acreedor, éste debe sustituir su capital en otra operación para lo cual abona una tasa activa (Alterini, Atilio A. *La Corte Suprema y la tasa de interés, ¿de un quietus a un mobilis?*, La Ley, 1994-C, 801).

III.3.c. Tercero: el error de considerar que solo las tasas activas contemplan la inflación

La Suprema Corte ha insistido en el uso de tasas pasivas no solo por sus propias virtudes sino también por las críticas que postula con relación al uso de tasas activas. Me detendré un instante en este punto.

i. Una de las razones por las que se censura el uso de las tasas activas es que constituyen alícuotas que contemplan la depreciación del dinero dentro de sus escorias o componentes internos y que, además, su uso implica incurrir en mecanismos de indexación.

Ambas afirmaciones son cuestionables.

Cualquier producto bancario contempla la inflación, inclusive el propio plazo fijo a treinta días que ofrece el Banco de la Provincia de Buenos Aires. La inflación repercute en la tasa activa y también en la pasiva, tanto como repercute en los precios de cualquier otro producto o servicio bancario. Es erróneo afirmar que solo un tipo de tasa (la activa) contempla la depreciación de la moneda y la otra (la pasiva) es independiente de esa evolución. Cualquier contrato de duración que implique obligaciones de dar sumas de dinero y deba operar en contextos inflacionarios contendrá previsiones vinculadas a la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario. De así no considerarlo se caería en el absurdo de creer que las tasas publicadas por el banco público o las tasas de referencia que publica el Banco Central son tasas reales o constituyen ganancias netas para el ahorrista o que su dinero es objeto de alguna suerte de repotenciación paralela que no se refleja en la alícuota.

Salvo que estemos enmarcados en una economía sin inflación, para evaluar cuánto gana el ahorrista (al analizar tasas pasivas) o evaluar cuánto gana el banco al prestar su dinero (al analizar tasas activas) siempre hay que reparar en las *tasas reales*, lo que implica descontar de la alícuota nominal publicada por la entidad financiera la tasa de inflación esperada. Cualquier comparación que repare solo en la expresión nominal de las tasas, sin evaluar el impacto de la depreciación del capital, constituye una operación estéril cuyo resultado nada útil nos dice. Este cálculo no se aplica únicamente a las tasas que los bancos cobran en sus distintos productos de crédito; también opera al evaluar las que paga para captar el ahorro del público.

ii. Es equivocado también, a mi modo de ver, afirmar que *la tasa activa opera como un mecanismo de repotenciación* (v. considerando III.b.iii. del voto del Ministro Genoud en “Ponce”).

Esta afirmación encierra dos problemas: uno, confundir el funcionamiento del interés con los mecanismos de repotenciación a que refiere la Ley 23.928; luego, creer que el efecto que la Casación reprueba (la alegada indexación) solo sería propio del uso de una de las tasas -la activa- y no de la otra -la pasiva-.

Si la tasa que pagan los bancos para captar el ahorro público prevé la depreciación de la moneda, pues entonces forzoso es concluir que la tasa pasiva también, en alguna medida o proporción, repotencia el capital que constituye el ahorro. Y es natural que lo haga dado que lo mínimo que pretende el ahorrista al finalizar el plazo de indisponibilidad es retirar una suma de dinero que tenga [o se acerque lo máximo posible a tener] el mismo valor real que tenía cuando la colocó, más el interés o renta que el Banco le ofrecía, por bajo que éste sea al tratarse de una inversión de poco riesgo. Podremos argumentar -como ya lo he hecho- si esa repotenciación es suficiente para superar el índice de inflación, o si en los hechos, y por las más variadas razones macroeconómicas y de política monetaria, opera como un ahorro que a la larga conlleva una pérdida (una tasa real negativa). Pero lo que no es susceptible de debate, me parece, es que la actualización del valor económico del capital depositado existe, aunque sea incompleta o insuficiente a mediano o largo plazo.

Cuando la Suprema Corte dictó los fallos “Vera” y “Nidera S.A.” atendió al supuesto particular en el que los jueces calculan indemnizaciones a valores actuales (esto es, traducen en una suma de dinero actualizada un cierto valor controvertido) y a ese crédito le aplican la tasa pasiva más alta del Banco Provincia *desde la fecha en que se produce el perjuicio*. La Corte consideró que esa modalidad es errónea en tanto *"sobrestima la incidencia de ciertos componentes sin causa justificada y arroja un resultado que excede de la expectativa razonable de conservación patrimonial"* (considerando II.3.e.iii. y I.3 de los votos del Ministro Soria en “Vera” y “Nidera S.A.”, respectivamente).

Más allá de la ambigüedad del giro utilizado [que omite explicar con claridad a qué componentes se refiere y por qué serían injustificados], es claro -a la luz de lo que

luego resolvió sobre el punto en cuestión- que la SCBA admite que el uso retroactivo de tasas pasivas sobre créditos actualizados genera una doble forma de repotenciación: la ínsita en la estimación actual de la indemnización pretendida y la que acarrea el uso de la tasa que paga el Banco Provincia. En otras palabras: en los fallos Vera y Nidera S.A. *se reconoce que la tasa pasiva trae consigo una actualización del capital* y es por ello que propone el uso de tasas puras para el primer tramo de devengamiento, hasta el momento tenido en cuenta para la cuantificación (tasas que -por definición- no internalizan ningún tipo de depreciación monetaria).

En la Resolución 3163/19 la Corte dispuso que el dinero de los depósitos previos efectuados con motivo de los recursos extraordinarios sea colocado a plazo fijo de treinta días y tal medida, según surge del considerando II, obedece a la acuciante inflación que reflejan las cifras publicadas por el INDEC y el hecho de que el dinero inmovilizado trae consigo el "*deterioro de su valor*" entre el momento que se efectúa y la orden de devolución o pérdida. Ninguna duda me cabe que la Suprema Corte coincide que una de las utilidades del depósito de plazo fijo *es [intentar] mantener el valor económico del capital* frente a la inflación, práctica que -en una selectividad que me resulta difícil de justificar- promueve por un lado [para proteger el dinero varado en cuentas judiciales] a la vez que reprocha por el otro [censurando aquellas resoluciones judiciales que intentan proteger el valor de las condenas y aplican tasas activas con ese mismo propósito].

iii. La doctrina legal del tribunal más antiguo del país identifica dos fenómenos de muy diversa naturaleza: la repotenciación de obligaciones y el funcionamiento de un interés. La indexación es un mecanismo de cálculo para mantener el poder adquisitivo de una suma de dinero; el interés implica reconocer *un plus*, o complemento que se suma a la deuda de capital, sea como forma de contraprestación frente a un servicio [interés compensatorio] o como mecanismo de reparación [interés moratorio]. Son dos operaciones que obedecen a razones distintas y no deben ser confundidas (Barbero, *ob.cit.*, p. 67).

El hecho de que las tasas activas y pasivas contemplen al envilecimiento de la moneda dentro de sus componentes internos no significa que una u otra operación importe una "repotenciación" en los términos de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928. La actualización del capital internalizada en una tasa bancaria es una exigencia técnica imprescindible -un *requisito sine qua non*- sin el cual no es posible que el contrato -de ahorro, de préstamo, etc.- opere de manera natural en contextos inflacionarios. No se trata de aplicar tasas bancarias "con una solapada finalidad indexatoria", como reprocha la Casación: en verdad, no hay modo de dar "algo más" (un interés, a la tasa que sea) si al momento de liquidar el accesorio el capital ya vale muchísimo menos.

De hecho, si se reprueba el uso de tasas activas para el cálculo de intereses moratorios *so pretexto* de que ello importaría un mecanismo solapado de indexación que prohíben los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928, idéntico criterio debiera adoptarse con relación a aquellos litigantes que persiguen el cobro de sus créditos aplicándole tasas

activas pactadas en los contratos de base (v.gr., entidades financieras). Tales alícuotas, como dije, internalizan no solo la ganancia neta esperada -y otras escorias- sino también una prima por desvalorización del dinero prestado. No importa aquí que en un caso la tasa se use para tarifar el daño moratorio (interés moratorio o punitivo) y en otra para calcular el precio de un producto financiero (interés compensatorio): la supuesta repotenciación del capital operaría indistintamente en ambas operaciones y no encuentro razones válidas para permitirlo en un caso y censurarlo en el otro. La amplitud de la prohibición de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 tampoco permitiría generar distingos entre ambos supuestos.

Lo que quiero decir con lo anterior es que, de aceptar el argumento propuesto por la Suprema Corte, las entidades financieras -o, llegado el caso, cualquier acreedor contractual- no deberían poder percibir sus créditos a las tasas que usualmente cobran en la medida en que tales alícuotas, para garantizar una ganancia, deben repotenciar el capital de acuerdo a la inflación esperada (práctica que, enmarcada en la lógica argumental que la Corte propone, quedaría aprehendida por la prohibición de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928).

Quizás la sanción del nuevo Código Civil y Comercial despejó cualquier tipo de duda sobre la debilidad de la premisa que pretendo derrotar. El art. 552 establece que los intereses moratorios devengados sobre créditos alimentarios deben liquidarse "*a la [tasa activa] más alta que cobran los bancos a sus clientes*". No se trata de aplicar por analogía la regla del art. 552 del CCyC al resto de las obligaciones que son objeto de litigio en los tribunales civiles y comerciales (como se debatió en el fallo "*Cabrera...*" -v. votos de Pettigiani, Hitters y de Lazzari-), sino de reparar en el hecho de que el propio codificador escogió una tasa activa para liquidar intereses moratorios de un tipo particular de crédito.

No puede entonces argumentarse que esa práctica, no ya jurisprudencial sino legal, queda aprehendida por la prohibición que regulan los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928.

III.3.d. Cuarto: la idea de que el problema es la inflación y no la tasa

En algunos precedentes la Suprema Corte ha deslizado la idea de que "*con la fijación de los intereses no se intentará corregir la depreciación monetaria o subsanar los efectos de la crisis económica*" (C. 99066 -"Blanco de Vicente"- del 11/05/2011; C.105020 -"S., M.P"- del 14/03/2012).

Interpreto que el argumento intenta postular una idea como la siguiente: la ficción del daño moratorio tarifado sobre la base de una renta frustrada constituye una propuesta que debe ser ajena al modo en el que opera en la práctica y el resultado concreto que ese tipo de inversión tiene en cada período. Es decir, podría afirmarse - en una hipotética refutación a algunos de los argumentos que desarrollé- que igualmente el daño moratorio debe identificarse con la renta frustrada de un capital colocado a plazo fijo, aun cuando en tal o cual época (y según cuáles hayan sido los

vaivenes de la economía) ese negocio haya tenido un resultado negativo y el ahorrista, por ese motivo -si se quiere, coyuntural y ajeno al proceso- no obtuvo ninguna ganancia.

Pero este modo de razonar tiene tres problemas.

El primero es constitucional. La premisa podría ser admisible si la tasa propuesta por la SCBA generase un resultado tal en el que el valor del capital de condena se conserva y, llegado el caso, la inflación (o, como dice la Corte, *los efectos de la crisis*) repercuten únicamente en la extensión del interés moratorio que accede a ese capital. O sea, sería [relativamente] admisible el argumento si como consecuencia de la inflación *el actor triunfante no pudiese recibir la totalidad del interés moratorio que idealmente le hubiera correspondido, pero al menos recibe el valor real del monto de condena con más otro tanto.*

Pero -como vimos- no es ese el escenario que se presenta en el proceso civil y comercial bonaerense. Aquí la tasa que aplicamos los tribunales es y ha sido negativa en la última década y media, lo que significa que traslada del deudor perdidoso al acreedor triunfante el costo de la mora. Quien gana el pleito termina pagando de su bolsillo el costo del pago tardío de lo que es debido (incluyendo el tiempo que insumió el proceso judicial al cual el actor debió acudir para que un juez obligue al deudor a cumplir la obligación).

Semejante resultado genera un inconveniente constitucional difícil de superar puesto que la tasa pasiva -incluso la «más alta»- no solo no opera como un verdadero interés (dado que el acreedor no obtiene “algo más” sobre el monto de su crédito) sino que opera como un mecanismo que posibilita -digo más: asegura- que el vencedor termine cobrando “bastante menos”. Y tratándose de un crédito indemnizatorio, como ocurre en la vasta mayoría de los pleitos en los que esa tasa judicial opera, se genera allí una afectación a la *integralidad de la reparación* que constituye para la víctima un derecho garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 308:1160, *in re "Santa Coloma"*, 308:1118, "*Gunther*" y 308:1109 "*Luján*", todos del 05/08/86, 321:487 -"*Peón*"- del 17/03/1998, 327:3753 -"*Aquino*"- del 21/09/2004 entre muchos otros).

El segundo problema es conceptual. La Casación pretende separar aquello que, en rigor de verdad, constituye una unidad inescindible: no es posible predicar independencia -ni práctica ni teórica- entre una tasa de interés y la economía inflacionaria en la que ella opera. **No hay operación bancaria (activa o pasiva) que no tenga en cuenta la depreciación del signo monetario** por lo que no hay tasa bancaria (ni aplicación de ella en un proceso) que pueda ser ajena a consideraciones coyunturales o vinculadas a la volubilidad del valor de la moneda.

Afirmar que *el interés no intenta corregir la depreciación* es una propuesta que solo funciona en el plano de las ideas, pero no en el terreno de la praxis. Si se tarifa el daño moratorio acudiendo a ficciones con base en operaciones bancarias presuntas

(como ahora expresamente lo exige el inciso "c" del art. 768 del CCyC), el envilecimiento del peso argentino será un elemento inescindible de cualquier alícuota que el juzgador escoja: sea una tasa pasiva (como la que propone la Suprema Corte), sea una activa (como la que más abajo propondré al acuerdo).

Y a lo dicho debo agregar una consideración complementaria: el argumento de la Suprema Corte es objetable en la medida en que parece tomar distancia de los efectos prácticos que la doctrina genera. Las consecuencias que se siguen de utilizar tasas inferiores a la inflación (afectación al derecho patrimonial del actor, enriquecimiento incausado del deudor, litigiosidad, financiación judicial, etc.) no deben ser consideradas como meras externalidades negativas de un problema estrictamente coyuntural (consecuencias indeseadas de la inflación) sino como lo que en verdad son: un resultado injusto que, además de ser causado por la inflación, reconoce como concausa a la elección desacertada que hacemos los jueces al elegir un parámetro económico estéril para tarifar el daño moratorio y cumplir los propósitos que el legislador contempló en los artículos 622 del CC y 768.c del CCyC).

No debemos perder de vista que el contenido económico de las sentencias no se mide en cantidad de unidades monetarias sino en términos de poder adquisitivo de los montos que recibe una parte y abona la otra: el nominalismo es un principio económico pero no un parámetro para determinar la justicia de una decisión.

El dinero no tiene valor intrínseco: vale lo que con él se puede comprar. De allí que lo que determina que una sentencia sea o no justa (o que permita o no satisfacer el interés del acreedor que se reconoce como tal) es el valor real del crédito, la aptitud de ese dinero para adquirir bienes y servicios en el mercado. Y como el proceso no es una fotografía estática, sino una película en movimiento que insume tiempo (y a veces mucho), la sentencia no solo debe atender al valor *que tuvo* el crédito del actor al momento de su nacimiento, sino *al que tiene* al ser cuantificado y *al que tendrá* cuando finalmente sea pagado voluntaria o compulsivamente por el deudor vencido. El interés moratorio puede -y debe- cumplir un rol central para satisfacer ese propósito.

De allí que disienta con todas aquellas argumentaciones que, enclavadas en la prohibición que regulan los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 (y la no del todo justificada idea de que actualizar créditos litigiosos generaría algún impacto en la economía de un país), promueven criterios que terminan frustrando la operatividad de los intereses moratorios como modalidad de reparación de perjuicios y lo hacen sobre la base de una cuestionable concepción nominalista de las condenas dictadas en la justicia civil, comercial y de familia, divorciada por completo de la realidad en la que el sistema judicial opera.

III.3.e. Quinto: el argumento del "plus" por costo financiero

La Suprema Corte ha argumentado en numerosas ocasiones que la tasa activa tiene incorporado, además de lo que corresponde al precio del dinero, un "plus" constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la

intermediación de capitales y que no pesa sobre el acreedor (SCBA, C.107702 - "**Arriaga**"- del 15/07/2015; L.86075 -"**Giménez**"- del 30/03/2010, L. 94446 -"**Ginossi**"- del 21/10/2009, C.101774 -"Ponce"- del 21/10/2009, Ac.88502 -"**Latessa**"- del 31/08/2005). El argumento original -replicado hasta al infinito por tribunales de toda la provincia- pertenece al voto del Ministro Mercader en el mencionado caso "**Cardozo**" (Ac. 49439 del 31/08/1993) en el que se reafirmó la doctrina de "Zgonc" (1991) pero con fundamentos que le dieron sustento.

La idea admite múltiples objeciones, pero hay una que es central: es claro que no corresponde acudir a una tasa activa -que, cierto es, contempla una ganancia para el banco- si lo que se considera que debe indemnizar el interés moratorio es la frustración de una renta bancaria por depósito a plazo fijo. De suyo que si tal es el modo en que se concibe al daño moratorio, pues entonces debe acudirse a la tasa pasiva que representa una ganancia que se presume malograda por el retardo en el cumplimiento del deudor. Es decir, ese "plus" al que refería Mercader es injusto *únicamente si se lo evalúa en la lógica argumental que la Casación adoptó para concebir al daño moratorio*.

Pero argumentar sobre cómo se compone una tasa bancaria activa -o alegar que hay un *plus* que representa el costo financiero- nada nos dice en términos de justicia o corrección si la ficción con la que se concibe al perjuicio moratorio gira en torno a la idea de sustitución de un capital destinado al consumo (un daño emergente). Si se admite que es más probable que el acreedor hubiera destinado el dinero al consumo y no a la inversión bancaria, se supera este problema -sea el del mentado "plus" o el de cualquier otro componente o escoria de las tasas activas- dado que todos ellos serán, en definitiva, elementos que constituyen el costo que debió asumir el actor para procurarse la sustitución del dinero que el deudor no quiere o no puede pagarle. Es decir, forma parte del interés compensatorio que abonó por la modalidad de financiación a la que debió acudir para ese fin.

Aquel "plus" se trata de una ganancia para el banco, pero no una ganancia para el actor. El actor lo recibe solo como una indemnización pues *tiene derecho a recuperar el precio que pagó por el acceso al crédito*, algo para lo cual -previsiblemente- el banco le cobrará una alícuota que internaliza una cierta retribución. El punto es que *«el deudor demandado judicialmente debe soportar el mismo costo financiero que si hubiese debido buscar el dinero fuera del proceso»* (Suprema Corte de Mendoza, *in re* "Cía. Financiera Luján Williams S.A." del 07/02/1986, JA 1987-I-368, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci; v. voto del Dr. Loustaunau en la precitada causa "Zibecchi").

III.3.f. Conclusiones

Lo dicho en los párrafos precedentes puede resumirse de la siguiente manera: existen razones tanto teóricas como prácticas que me llevan a disentir con la doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Dentro de las primeras, se incluye a: **i)** el error de promover el uso de tasas negativas que son incompatibles con la finalidad que legalmente subyace al instituto del interés moratorio (o, en su caso, que son incompatibles con la idea de interés como complemento de un capital). **ii)** a una concepción objetable del daño por mora sobre la base de una idea-ficción que es incompatible con la situación económica que atraviesa nuestro país y con las posibilidades económicas de la amplia mayoría de litigantes que reclaman el reconocimiento de un derecho de naturaleza patrimonial (tarifando el daño como un *lucro cesante* que sufre un acreedor que puede disponer de un capital para invertirlo en una operación bancaria de bajo riesgo en lugar de concebirlo como un *daño emergente* que se identifica con el costo de sustitución de un capital destinado al consumo de bienes y servicios); **iii)** una criticable concepción del modo en que operan las tasas activas en contraste con las pasivas, considerando -a mi modo de ver, incorrectamente- que solo aquéllas contemplan la depreciación del signo monetario o que generan resultados indexatorios prohibidos por la Ley 23.928 y **iv)** una indebida asimilación entre los mecanismos de repotenciación vedados por los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 y el funcionamiento de cualquier tasa de interés bancaria, sea activa o pasiva.

Las razones prácticas que me llevan a apartarme de la doctrina legal se vinculan con las consecuencias económicas que genera la «tasa pasiva más alta de depósitos a 30 días» en las liquidaciones judiciales y sobre las que ya he ahondado más arriba. Entre ellas cabe incluir a que: **i)** se trata de una tasa de rendimiento negativo que, aplicada en el proceso judicial, no genera interés alguno en términos reales y -consecuencia de ello- no repara el perjuicio por la mora; **ii)** es una tasa que solo asegura una depreciación del capital a *penas más lenta* que la que genera la inflación; **iii)** es una tasa que traslada al acreedor vencedor el costo de la mora del deudor incumplidor; **iv)** es una tasa que genera un enriquecimiento incausado del deudor a costa del menoscabo patrimonial del acreedor y que construye incentivos para demorar los litigios e incluso para generarlos (dado que el tiempo beneficia a quien se sabe deudor o contempla la posibilidad de que será declarado judicialmente como tal). Además, el proceso se presenta como un mecanismo de financiación para deudores solventes que lucran con la demora del pago de lo debido.

La propia Casación bonaerense, citando a Morello, ha dicho que «*los jueces no pueden ser fugitivos de una realidad que se presenta objetivamente ante sus sentidos*» (SCBA, causa 92.313 del 10/10/2007, c. 92112 del 20/08/08, c. 111.698 del 08/08/2012; Morello, Augusto M., "*La Corte Suprema, piloto de tormentas*", publicado en La Ley, Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 91). Si los tribunales de justicia insistimos en el uso de tasas bancarias que desde hace muchos años corren por debajo de la inflación no hacemos más que agravar el impacto que la crisis monetaria tiene en el trámite y solución de los pleitos: las sentencias que dictamos a diario reconocen derechos que rápidamente se deprecian y que terminan fomentando múltiples formas de abuso procesal. Por sobre todas las cosas: son

decisiones que van a contrapelo del postulado preambular de afianzar la justicia y que generan una afectación directa al derecho de propiedad del acreedor (art. 17 de la CN).

En épocas de agudas crisis económicas y sociales, este tipo de resultados se muestran incompatibles con el uso inteligente y razonable de los [hoy escasos] recursos del estado provincial. Los mecanismos institucionales de solución de diferendos terminan proveyendo sentencias que operan como meras declaraciones de derechos, una especie de envase formal y técnicamente correcto pero de cuyo contenido económico el estado termina desentendiéndose casi por completo. El valor real del crédito se escurre en las manos de quien, paradójicamente, consideramos que ha sido el vencedor.

III.4. En definitiva, ¿qué tasa corresponde elegir?

III.4.a. Descriptas las razones por las cuales considero que corresponde apartarse de la doctrina legal de la Suprema Corte, explicaré cuál es -en definitiva- la tasa con la que deben liquidarse los intereses moratorios en obligaciones a las que no le es aplicable una tasa legal o pactada (arts. 622 del CC y 768.c del CCyC).

De lo dicho en párrafos precedentes pueden extraerse una serie de premisas que permiten delinear las bases conceptuales que han de condicionar la elección de la alícuota. Estas son:

i) la tasa de interés moratorio judicial -aquella que regulan los arts. 622 del Código Velezano y 768.c del Código Civil y Comercial- tiene que ser entendida como una reparación del costo de sustitución del capital debido por el deudor. Es una indemnización de un daño emergente que se identifica con el valor que [debemos presumir que] pagó el actor para acceder al crédito con el propósito de reemplazar un capital que estaba destinado al consumo de bienes y servicios. De ello se sigue que la tasa que corresponde utilizar para liquidar los intereses moratorios -allí donde no hay tasa legal o pactada- es de tipo *activa* (la que -presumimos que- percibió el banco y que pagó el actor para procurarse el dinero que se le adeuda).

ii) el precio de la financiación que se utilice como referencia en el ámbito del Poder Judicial para liquidar intereses moratorios tiene que emerger de las tasas que publica el banco público provincial (Banco de la Provincia de Buenos Aires).

iii) no es posible indemnizar el daño moratorio si el resultado que se sigue de liquidar el capital con una cierta tasa de interés arroja un resultado negativo (es decir, el poder adquisitivo de la suma resultante es inferior al que tenía originalmente el capital de condena a la fecha de la mora -o, tratándose de obligaciones de valor cuantificadas por guarismos actualizados, a la fecha en que operó esa conversión-). Una tasa que genera resultados negativos no conlleva reparación alguna y, peor aún, asegura la pérdida parcial del poder adquisitivo del capital al cual accede y genera incentivos sumamente negativos en el proceso (abuso de proceso, dilación maliciosa del demandado, financiación judicial, litigiosidad, etc.).

iv) como consecuencia de lo anterior, en contextos inflacionarios como los que rodean al proceso civil bonaerense desde hace casi dos décadas, el juez debe escoger una tasa activa que asegure en el mediano y largo plazo -esto es, en los tiempos que insume normalmente un pleito- un rendimiento positivo, entendiéndose por tal a un resultado que sea superior al valor actualizado del capital de condena.

v) la capitalización de intereses moratorios liquidados sobre una condena judicial no encuadra dentro de los supuestos específicos que enumeran los arts. 623 del Código Civil [Ley 340] y 770 del Código Civil y Comercial [Ley 26.994], motivo por el cual, y de conformidad con lo resuelto por la Corte Federal [Fallos: 316:3131 -“Fabiani...” del 16/12/1993 y Fallos: 325:2652 -“Okretich...”- del 15/07/1997], corresponde liquidar los intereses moratorios sin incurrir en capitalizaciones.

vi) el apartamiento de la doctrina legal debe circunscribirse únicamente a la tasa judicial bancaria -la tasa pasiva *más alta* fijada en “Cabrera”- sin que ello implique alterar lo que la Casación ha dicho en los fallos “Vera” y “Nidera S.A.” en materia de intereses moratorios en créditos de valor (esto es, el uso de una tasa pura del 6% desde la fecha de la mora hasta el momento tenido en cuenta para cuantificar el crédito y de allí en más la tasa judicial ordinaria).

Así entonces, tratándose de un crédito de valor -como la mayoría de los daños reclamados en pleitos de responsabilidad civil-, la tasa que pretendo determinar al apartarme de lo resuelto en “Cabrera” (SCBA, 2016) es la perteneciente al segundo tramo, que va desde el momento en el que se cuantifica el valor controvertido hasta el momento del pago. En el esquema ya expuesto más arriba:

[Gráfico 3 del Anexo I que acompaña a esta sentencia en formato digital]

III.4.b. La elección de una tasa que satisfaga los recaudos enunciados debe realizarse en el marco de las alícuotas a las que los operadores tienen acceso libre y frecuente. Conviene entonces ceñir la búsqueda a las opciones que ofrece tanto el informe de Tasas de Consulta Frecuente del Banco de la Provincia de Buenos Aires [periódicamente actualizado y disponible en https://www.bancoprovincia.com.ar/CDN/Get/tasas_frecuentes] y que se reflejan en el módulo de liquidaciones de intereses *online* que ofrece la página web de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires [<http://www.scba.gov.ar/servicios/ContieneMontos.asp>]. Tales son, en definitiva, las herramientas centrales con las cuales los operadores realizan a diario las liquidaciones de créditos judiciales.

El calculador de intereses de la SCBA ofrece siete alternativas de tasas activas: descuento a treinta días en pesos, promedio de descuento a treinta días, adelanto sobre certificados de obra pública, descubierto en cuenta corriente, financiación de saldos de tarjeta de crédito, restantes operaciones en pesos y restantes operaciones con arreglo.

Para evaluar el resultado que genera cada una de estas alícuotas me permito volver al ejemplo del juicio ficticio que desarrollé en el considerando «III.3.a.ii»: se trataba de un crédito de \$350.000 de capital de condena liquidados desde el

01/01/2017 [mora] hasta el 31/01/2020 [pago]. En un Anexo que acompañará esta sentencia como archivo adjunto digital he presentado un cuadro donde efectúo una liquidación del capital sin interés, el capital actualizado mediante el Índice de Precios al Consumidor del Gran Buenos Aires y el capital más intereses calculados a todas las posibles tasas activas que ofrece la página de la SCBA (agrego también, como referencia, el capital liquidado a la tasa pasiva más alta que ofrece el Banco Provincia -doctrina legal-). A continuación, muestro la evolución de cada uno de esos valores en los cuatro períodos (enero de 2017, de 2018, de 2019 y 2020). Los resultados se expresan en función del poder adquisitivo actualizado del capital (en el gráfico, representado por la base en 0%):

[Gráfico contenido en el Anexo II que acompaña a esta sentencia en formato digital]

El gráfico -que puede verse ampliado conjuntamente con las liquidaciones en el «anexo digital II» que acompaña a esta sentencia- muestra que a la fecha de pago cinco de las siete tasas activas reportan un resultado negativo (en el gráfico, tales son aquellas que, a enero de 2020, arrojan un valor inferior a cero). Eso significa que en esos supuestos el acreedor: **1)** no recibe intereses en términos reales y **2)** la suma del capital nominal original más los intereses arroja un total que es inferior al valor actual del capital puro. Dentro de este grupo incluimos a las liquidaciones efectuadas con las tasas de descuento a treinta días (sea la normal o la promediada), a la tasa de adelanto de certificados de obra, a la de financiación de saldo de tarjeta de crédito y a la correspondiente a las restantes operaciones en pesos con arreglo.

Es posible ensayar algunas explicaciones sobre los motivos por los que todas esas tasas activas reportan resultados inferiores a la inflación. No pretendo extenderme en este punto pero cabe tener presente que en la administración de justicia se utilizan como referencia a tasas bancarias que se aplican de un modo muy diverso a cómo esas mismas alícuotas operan en los contratos bancarios. Por caso, en el proceso judicial no hay capitalización de intereses (como sí la hay en toda cuenta corriente y operaciones de crédito en general), no hay superposición de alícuotas (como sí ocurre con la tarjeta de crédito y otros préstamos con los intereses punitivos y los compensatorios) y se manejan plazos de mora incompatibles con la operatoria bancaria regular (ninguna cuenta corriente o cuenta de tarjeta de crédito podría permanecer abierta, en mora y acumulando intereses durante un tiempo semejante al que dura un litigio). Además, la inflación se acumula mes a mes en porcentajes que se calculan sobre el valor inmediato anterior, mientras que las tasas de interés aplicadas en el proceso se expresan en valores nominales anuales y siempre se liquidan sobre el capital original. Ello explica -en parte- la razón por la cual las tasas efectivas que se perciben en los contratos bancarios terminan siendo más elevadas que las alícuotas nominales que utilizamos en el ámbito tribunalicio para reparar el perjuicio moratorio.

III.4.c. Ahora bien, más allá de su resultado negativo, por su lejanía práctica y conceptual con la situación del común de los acreedores que litigan los procesos civiles en la justicia ordinaria, corresponde descartar de plano el uso de las tasas de

descuento (dado que no cabe presumir que en la generalidad de los litigantes el crédito se realiza mediante descuento de documentos comerciales) y lo mismo cabe decir de la tasa de adelanto de certificados de obra pública, ya que -de nuevo- los acreedores no son contratistas del estado provincial ni resulta aplicable el 46 *in fine* de la Ley de Obra Pública bonaerense -Ley 6021-.

Subsisten como razonables alternativas el descubierto en cuenta corriente (que en el ejemplo del gráfico reportó un rendimiento del 9,07% sobre el valor del crédito) y la tasa de *restantes operaciones en pesos* (que arrojó un 8,09% sobre el valor actualizado de la deuda y se mantuvo siempre por debajo del costo del sobregiro en cuenta). Entre estas dos alternativas elegiré la «**tasa activa descubierto en cuenta corriente**» [según así se la denomina en la página web de la SCBA] y que equivale, según he cotejado en cada uno de sus valores mensuales, al descubierto en cuenta corriente sin acuerdo en pesos (cuadro IV del documento «*Tasas de consulta frecuente*» que publica el Banco de la Provincia de Buenos Aires).

La elección no solo se sustenta en el resultado positivo -y no exageradamente elevado- que reporta el uso de esta tasa en el cuadro de evolución, sino porque además la cuenta corriente y la financiación -que ella permite en su descubierto- constituye una opción bancaria disponible para el público en general, y no está reservada para un uso exclusivamente empresarial y comercial (e.g., en la página web del Banco Provincia las ofrecen a trabajadores en relación de dependencia, autónomos, profesionales, monotributistas, etcétera; véase https://www.bancoprovincia.com.ar/web/cuentas_cta_cte_individuos). A ello agrego un argumento complementario: el sobregiro sin autorización constituye una operación análoga a la que se verifica al momento de la mora en la relación crediticia que se dirime en un pleito: es el deudor incumplidor quien “toma prestado” del acreedor el capital que le adeuda, obligando a este último a procurarse un reemplazo.

El resultado que esta tasa arroja -como se advierte en el ejemplo- dista de ser el ideal: el cuadro Anexo a esta sentencia (junto con el gráfico) dan cuenta de un resultado que asciende al 9,07% en total con relación al capital. No se trata de una tasa anual de ese valor, sino del rendimiento final liquidado: la suma agregada de todos los intereses devengados durante treinta y seis meses arroja un resultado que equivale a menos del 10% del valor actualizado de la deuda. Pero aun así, el resultado es positivo (superior a la depreciación del capital) y, en el estrecho marco de referencias que el Banco de la Provincia de Buenos Aires brinda y la profunda crisis monetaria que atraviesa nuestro país, entiendo que resulta aceptable y superador a la alícuota propuesta por la Casación.

III.4.d. Por todo lo dicho hasta aquí propondré al acuerdo apartarnos de la doctrina legal que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires fijó en el fallo “Cabrera” (2016) en torno al uso de «la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en depósitos a treinta días» y reemplazarla por la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» [según su denominación en el calculador de intereses de la web

de la SCBA] y que es aquella que publica periódicamente el banco público provincial en cuadro IV del documento «*Tasas de consulta frecuente*» correspondiente al descubierto en cuenta corriente sin acuerdo en pesos.

Ello sin perjuicio de mantener -como dije- el uso de tasas puras para el primer tramo de intereses moratorios en créditos de valor (desde el día del perjuicio hasta el momento de cuantificación), de conformidad con lo resuelto por la SCBA en “Vera” y “Nidera S.A.” (2018).

En consecuencia, y si mi voto es compartido, corresponde hacer lugar al recurso de la parte actora y revocar parcialmente la sentencia en lo que ha sido motivo de agravio. Los intereses moratorios que acceden al capital de condena deberán liquidarse de la siguiente manera: **a)** para el rubro *privación de uso*, se liquidarán a una tasa pura del 6% anual desde el día del hecho hasta la fecha del fallo de primera instancia [considerando IV de la sentencia de primera instancia] y de allí en adelante, y hasta el efectivo pago, a la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» [según su denominación en el calculador de intereses de la web de la SCBA] y que es aquella que publica periódicamente el banco público provincial en cuadro IV del documento «*Tasas de consulta frecuente*» correspondiente al descubierto en cuenta corriente sin acuerdo en pesos, sin capitalización; **b)** para el rubro *reparación de vehículo*, y por tratarse de la restitución de un dinero ya erogado, se liquidará desde la mora y hasta el pago a la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» descrita en el punto anterior, sin capitalización (arts. 622 del CC y 768.c del CCyC).

ASI LO VOTO

El señor Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, modificando la sentencia de primera instancia en lo que respecta únicamente a la alícuota con la cual deben liquidarse los intereses moratorios, los cuales deberán liquidarse de la siguiente manera: **a)** para el rubro *privación de uso*, se liquidarán a una tasa pura del 6% anual desde el día del hecho hasta la fecha del fallo de primera instancia [considerando IV de la sentencia de primera instancia] y de allí en adelante, y hasta el efectivo pago, a la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» [según su denominación en el calculador de intereses de la web de la SCBA] y que es aquella que publica periódicamente el banco público provincial en cuadro IV del documento «*Tasas de consulta frecuente*» correspondiente al descubierto en cuenta corriente sin acuerdo en pesos, sin capitalización; **b)** para el rubro *reparación de vehículo*, y por tratarse de la restitución de un dinero ya erogado, se liquidará desde la mora y hasta el pago a la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» descrita en el punto anterior, sin capitalización (arts. 622 del CC y 768.c del CCyC). **II)** Las costas se imponen en el orden causado en atención al modo en que se resuelve la cuestión (art.

68 *in fine* del CPCCBA, esta Sala, c. 166734 -"Capparelli"-del 06/03/2019); **III**) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la Ley 14.967).

ASÍ LO VOTO

El señor Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, modificando la sentencia de primera instancia en lo que respecta únicamente a la alícuota con la cual deben liquidarse los intereses moratorios, los cuales deberán liquidarse de la siguiente manera: **a)** para el rubro *privación de uso*, se liquidarán a una tasa pura del 6% anual desde el día del hecho hasta la fecha del fallo de primera instancia [considerando IV de la sentencia de primera instancia] y de allí en adelante, y hasta el efectivo pago, a la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» [según su denominación en el calculador de intereses de la web de la SCBA] y que es aquella que publica periódicamente el banco público provincial en cuadro IV del documento «*Tasas de consulta frecuente*» correspondiente al descubierto en cuenta corriente sin acuerdo en pesos, sin capitalización; **b)** para el rubro *reparación de vehículo*, y por tratarse de la restitución de un dinero ya erogado, se liquidará desde la mora y hasta el pago a la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» descripta en el punto anterior, sin capitalización (arts. 622 del CC y 768.c del CCyC); **II)** Las costas se imponen en el orden causado en atención al modo en que se resuelve la cuestión (art. 68 *in fine* del CPCCBA, esta Sala, c. 166734 -"Capparelli"-del 06/03/2019); **III)** Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la Ley 14.967). **IV) REGÍESTRESE y NOTIFÍQUESE** personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). **Devuélvase**

RICARDO D. MONTERISI ROBERTO J. LOUSTAUNAU

Lucas M. Trobo

Auxiliar Letrado