

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado (Dr. López Cabana).- Comenzamos hoy con la mesa redonda correspondiente al tema que la Comisión de Obligaciones tratará en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año próximo, referido a los intereses de obligaciones dinerarias.

Comenzará la doctora Gesualdi y luego expondrán los doctores Santarelli y Ameal, quien clausurará esta mesa redonda.

Dra. Gesualdi.-

Pocas cuestiones despiertan tanto interés como el tema que vamos a tratar hoy: los intereses de las obligaciones dinerarias. De ahí la necesidad de dar con precisión los conceptos de interés y de tasa de interés.

El interés es el beneficio que produce un capital. Con más precisión, es algo que va fluyendo paulatinamente en las deudas de dinero y que produce un beneficio a ese capital. No se da repentinamente en un momento determinado sino que surge a lo largo del tiempo. Pueden ser intereses compensatorios o lucrativos, por el uso de un capital, y también pueden ser moratorios, en el caso de incumplimiento en tiempo propio de la obligación debida.

Estamos de acuerdo con Vallespinos-Pizarro en definir la tasa de interés como la unidad del capital en una unidad de tiempo. A veces suele expresarse en términos anuales y con proporcionalidad a ese tiempo, sin perjuicio de que los plazos puedan ser mayores o menores, y por lógica consecuencia el interés va a estar dado en esa proporcionalidad.

En cuanto al rendimiento o beneficio, tenemos diversas tasas. En primer lugar, encontramos la tasa de interés puro, que es la variable razonabilidad con que se va cambiando o alterando el capital, que la mayoría de la jurisprudencia establece hoy en el 6 por ciento anual, sin perjuicio de que algunos tribunales la establecen en el 8 por ciento. Esto lleva a diferenciar, por un lado, la

tasa pasiva, que es la que otorga el banco a su cliente cuando deposita una suma determinada, es decir, el supuesto de un plazo fijo y, por otro lado, la tasa activa, que es la que percibe el banco como ganancia cuando otorga en préstamo un capital.

Además de eso tenemos lo que Molinario llama la escoria del interés, que no es otra cosa que aquella que se da en los supuestos de depreciación monetaria, cuando es necesario fijar un interés que tienda a recuperar el capital por el tiempo perdido.

Luego de la sanción de la ley 23928 se ha establecido la imposibilidad de los reajustes de la deuda dineraria por cualquier índice. Esto es así desde un punto de vista directo, en cambio, desde uno indirecto compartimos la posición de Alterini, Ameal y López Cabana en cuanto expresan que se puede establecer un interés que recomponga esa posible depreciación monetaria que se va dando diariamente, aunque estemos en un momento de estabilidad monetaria.

Vinculado con esto se encuentra el riesgo cambiario: cuanto mayor sea el riesgo, mayor será la tasa de interés, y cuanto menor sea aquél, menor será ésta, sean préstamos en pesos o en dólares.

Los caracteres de los intereses son hartamente conocidos. En primer lugar, el carácter de pecuniario, dado que deriva de una deuda dineraria; en segundo lugar, la proporcionalidad, porque va a estar de acuerdo con el tiempo por el que se preste el capital; en tercer término, la accesoriedad, por ejemplo, en el caso de los compensatorios que contempla el artículo 523 del Código Civil; y por último, la periodicidad, que también va a estar relacionada con el tiempo.

Hay diversas clases de interés. Existen los intereses voluntarios y los legales. A los voluntarios también se los denomina “convencionales”. Preferimos en este aspecto atenernos nuevamente a la posición de Alterini, Ameal y López Cabana, quienes dan un supuesto de acto jurídico unilateral por el cual, por ejemplo, en un testamento se deja un legado y el causante establece que a partir de determinado tiempo va a producir intereses, ello de acuerdo con los artículos 3766, 3771 y 3779 del Código Civil.

Los intereses legales, como su propio nombre lo dice, derivan de la ley. Es decir que la misma ley los establece, como en el supuesto del artículo 1950 del Código Civil, cuando el mandatario adelanta los montos para cumplir el mandato, en cuyo caso puede pedir los intereses porque la ley se lo permite.

También pueden ser convencionales, legales o judiciales, según las personas que los establezcan. Respecto de los judiciales hay algunos autores que discuten la posibilidad de que sean los jueces quienes establezcan la tasa de interés aplicable al caso.

Según la función económica, los intereses pueden ser lucrativos, que son ni más ni menos que los compensatorios; están los moratorios, a los que hemos aludido, y sobre los que no hay acuerdo doctrinal es acerca de los punitivos. Algunos dicen que se trata de un interés convencional al cual se le aplican las reglas de la cláusula penal. En cambio, Vallespinos-Pizarro sostiene que sería una sanción, porque es el interés agravado para aquel que no cumple en tiem-

po propio la obligación o la prestación debida. Compartimos esta segunda posición en cuanto a estos intereses, sin perjuicio de que sean también convencionales.

Dijimos que estos intereses pueden ser legales (por ejemplo, en el caso de obligaciones tributarias o de servicios públicos), porque tienden a garantizar ni más ni menos que un servicio público.

También podemos decir que revisten carácter sancionatorio en el caso del artículo 45 del Código Procesal, para los supuestos de actuación del abogado con temeridad y malicia.

Hay algo que concita nuestro interés y que nos lleva a querer dilucidar el problema. Es el supuesto en que se establezcan intereses moratorios y se pida un plus fuera de esos intereses. Es algo que está discutido tanto en el extranjero como en nuestro país. En el extranjero encontramos la posición del artículo 1153 del Código Civil francés, con Pothier a la cabeza, que determina que solamente pueden establecerse intereses moratorios, salvo que mediara mala fe del deudor. Esa posición la sigue el Código de Paraguay de 1868.

Del otro lado, tenemos una posición amplia que sigue el Código alemán en el artículo 288, el Código suizo de las Obligaciones en el artículo 206 y el Código Civil italiano en el artículo 1224.

Por lógica consecuencia, esto se ha trasladado a nuestra problemática doctrinaria, y así el Anteproyecto de Biliboni decía que únicamente podían percibirse los intereses moratorios sin ningún plus, aun cuando mediara mala fe del deudor. Ésta es una posición totalmente restringida que no ha tenido casi acogida entre los autores.

Por su lado, otra doctrina dice que se limitarían los intereses moratorios sin ningún plus complementario, salvo circunstancias excepcionales, como puede ser el caso de que hayan sido pactados o de que el deudor haya obrado de mala fe —ésta es la posición de Alterini, Casiello y Alegría, entre otros— y en el caso de dolo, como por ejemplo cuando se aplica el artículo 521 del Código Civil. Alterini también dice que debe equipararse la culpa grave al dolo y, en ese caso, podría darse un plus fuera del daño moratorio.

Por otro lado, la tesis totalmente amplia está defendida por Lafaille y Bor-da, que dicen que siempre puede cobrarse un plus fuera del daño moratorio, esto es, cuando no se ha cumplido en tiempo propio la prestación debida, siempre que aquel que lo alega lo pruebe.

Ésas son las posiciones doctrinales que se han dado en cuanto a este tema.

Otra cuestión sumamente interesante es cómo evolucionó nuestra jurisprudencia después de la sanción de la ley 23928.

En el caso YPF, en 1992, la Corte adoptó la posición de la tasa pasiva, al igual que en otros casos posteriores. Pero en 1994, en el caso “Sudameris c/ Velcam”, cambió totalmente la posición, diciendo que no era materia federal y que eran los jueces de grado los que debían aplicar la tasa que correspondiera en el caso concreto.

Actualmente la jurisprudencia se encuentra dividida. La Cámara Civil ha dictado el plenario “Vázquez c/ Bilbao” en 1993, que dice que la tasa aplicable

es la tasa pasiva, es decir, la que el banco percibe en los créditos. En cambio, la Cámara Comercial dice que no hay ningún motivo para apartarse del artículo 565 del Código de Comercio, mientras que el artículo 523 reformado por la ley 23928 permite la aplicación de la tasa activa, y eso es lo que resolvió en el plenario “La Razón S. A.”

Algún autor ha discutido la facultad de los jueces de fijar la tasa de interés, porque dice que se estarían arrogando una facultad legislativa que no les corresponde, y que si entre intereses compensatorios y punitivos la jurisprudencia mayoritaria establece una tasa del 18, 20 o 24 por ciento anual y los jueces de grado la aplican como si fuera la ley misma, se están arrogando tales facultades. Bajo esta óptica se sostiene que los jueces deben fallar de acuerdo con la ley, y que la tasa aplicable no puede ser la mínima en cualquier tipo de crédito, porque hay algunos que son más riesgosos que otros. Se trata de una cuestión de hecho que habrá que evaluar y aplicar la tasa que corresponda.

La mayoría de la doctrina está en contra de la posición de la Cámara Civil. Los doctores Alterini y Rivera y la mayoría de los comercialistas están a favor de la aplicación de la tasa activa. Nosotros estamos obligados a aplicar la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, porque así nos obliga el plenario de la Cámara Civil. Lógicamente, vamos a tener en cuenta si se produce un hecho ilícito con anterioridad a la Ley de Convertibilidad, en cuyo caso actualizaremos con un índice que juzguemos ajustado a derecho y con un interés puro del 6 por ciento anual. A partir del 1° de abril de 1991 hasta el efectivo pago, aplicaremos la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina.

Ésta es una discusión muy ardua, que queda en manos de los juristas. Quienes sostienen que se debe aplicar la tasa activa dicen que no atenta contra la ley ni redundan en un beneficio excesivo para el banco, que sería un perjuicio aplicar la tasa pasiva y que favorecería a aquellos que tienden a ser morosos o litigiosos.

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradecemos el aporte de la doctora Gesualdi y aclaramos que nos enrolamos en esa misma corriente, como hemos dicho en el libro en homenaje a nuestro querido amigo Trigo Represas, pues parece ser la solución correcta para enjugar el daño moroso, sin perjuicio de comprender la necesidad de la expositora de respetar el fallo plenario.

El profesor Santarelli ahondará en el análisis de la jurisprudencia.

Dr. Santarelli.-

La doctora Gesualdi analizó lo concerniente al alcance de la obligación de abonar intereses, a través del estudio de las tasas aplicables a las distintas clases de obligaciones. En nuestro caso se tratará idéntica cuestión, pero desde la

óptica del controvertido anatocismo¹, en cuanto éste posibilita un particular cómputo de la tasa apto para conducir a situaciones de interés excesivo.

El anatocismo consiste en la capitalización del interés para generar nuevos réditos, originando intereses de los intereses, es decir que resulta ser un mecanismo tal que los intereses que un capital determinado va devengando –periódicamente– se adicione a capital, de modo de formar –junto con éste– una nueva unidad productora de intereses.

Por lo expuesto, pareciera que el anatocismo tiene bien ganada su mala fama, siempre asociada a la antipática usura, a la cual le sirve en calidad de “medio para tal fin”. Así, la efectiva aplicación del anatocismo denota la posible existencia de una situación de aprovechamiento por parte del acreedor de la inexperiencia, ligereza o estado de necesidad del deudor, habida cuenta de lo ruinoso del negocio².

Ahora bien, la figura del anatocismo, en la actualidad, merece una nueva lectura, desde que también la requiere la cuestión del interés, más acorde a la realidad económica imperante. En efecto, si sólo pensamos en el interés desde la perspectiva de aquel prestamista que los cobraba sobre un mutuo para quien necesitaba el dinero para sufragar sus necesidades personales más esenciales, sencillo es coincidir en una visión contraproducente del interés, como ganancia obtenida de una actividad absolutamente improductiva, sólo basada en la perentoria necesidad del tomador del dinero. En tal hipótesis es natural que los ordenamientos que condensaron el “derecho de la gente común” contuvieran preceptos restrictivos en lo atinente a los frutos del capital³. Esta concepción⁴ no puede mantenerse. En efecto, actualmente, frente a la persona física que –en general– toma créditos para el consumo, es muy mayor (por

(1) Colmo da cuenta de una visión clásica respecto de esta problemática, al explicar que: “la capitalización de intereses es demasiado onerosa, sobre todo cuando se produce al cabo de períodos breves (cada tres meses, cada mes, etc.). Todo el mundo sabe cómo una suma con intereses así capitalizados (vale decir, acumulados al capital al fin de cada período, para convertirse en capital y producir, a su turno, con el capital primitivo nuevos intereses) se duplica, se triplica, etc., en términos nada extensos y cada vez mucho más reducidos”. Colmo, Alfredo, *De las obligaciones en general*, párrafo 436, pág. 299, 3ª edición, editorial Guillermo Kraft Ltda., Bs. As., 1944. Esta óptica, sin perjuicio de algunas voces que en nuestro medio se han pronunciado acerca de la necesidad de eliminar las restricciones a la figura (ver *infra*), es considerada –aún hoy– como fundamento de las restricciones que previene al respecto el Código Civil francés (art. 1154), como medio de protección al deudor (conf. Terre - Simler - Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, párr. 587, pág. 481, 6ª edición, Editorial Dalloz, París, 1996).

(2) Conf. Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II A, parágrafo 931, pág. 239, 4ta. edición, Buenos Aires, 1994. Colmo (ob. cit., loc. cit.).

(3) Santos Briz explica –en general– el tratamiento que es habitual dispensarle al anatocismo por las distintas legislaciones de la siguiente manera: “No se suele prohibir en las legislaciones cuando dimana de acuerdo entre los contratantes y no afecta a las leyes que reprimen la usura” (*Derecho Civil, Teoría y Práctica*, tomo III, *Derecho de Obligaciones*, editorial Revista de Derecho Privado, editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1975).

(4) En la misma línea de ideas puede citarse como ejemplo lo dispuesto por el art. 2248 del Cód. Civil: “No habiendo convención expresa sobre intereses, el mutuo se supone gratuito, y el mutuante sólo podrá exigir los intereses moratorios, o las pérdidas e intereses de la mora”.

monto y cantidad) el empresariado que requiere crédito para el emprendimiento de nuevos negocios e inversiones⁵.

Coherente con esta realidad mutante, la legislación ha exhibido también su intención de acompañamiento. Así, el art. 623 originario del Código Civil establecía el principio que veda el anatocismo, al expresar que “no se deben intereses de los intereses”, declarándolo posible solamente en dos circunstancias: 1) a partir del acuerdo expreso posterior⁶, y 2) frente a la existencia de una deuda judicialmente liquidada, cuando el juez mandaba a intimar su pago y el deudor era moroso en hacerlo.

Para visualizar mejor los contornos actuales del anatocismo⁷, resulta útil mencionar los fundamentos que la doctrina proporciona a las dos situaciones en que aquél resultaba tolerado, conforme la redacción velezana de la institución: en aquellos supuestos el anatocismo aparece como una herramienta de “refinanciación” o de reinversión del capital. En otros términos: devengados los intereses u ordenado por el juez el pago compulsivo de una deuda líquida, ¿por qué no permitir al mismo acreedor que vuelva a confiarle a su deudor?, ¿acaso no debería el deudor recurrir a un tercero para que le facilitara el dinero para afrontar la deuda constituida por capital e intereses?; permitir el anatocismo en estos casos importa tanto como autorizar al acreedor originario a “refinanciarle” a su deudor⁸.

Este punto de vista nos acerca hacia otra finalidad de la figura; así, sabido es que, en materia comercial, las normas fueron más permisivas respecto del anatocismo (dispuesto por ministerio de ley en el art. 795 respecto de la cuenta corriente mercantil), dando cuenta de que con la implementación del anatocismo se pretenda –tal vez– instrumentar vías de crédito a corto plazo, penalizando –por parte del acreedor– la no devolución del dinero por períodos más prolongados que los pactados, considerando a la toma de mayor plazo por parte del deudor como una situación de “refinanciación”.

Desde esta perspectiva, es claro que la aplicación del anatocismo resulta ser una herramienta idónea para una más rápida y eficaz circulación del crédito.

La evolución legislativa de la figura en análisis culmina con la reforma al art. 623 que le propina la ley 23928 (aclaro que las normas proyectadas son dominio del Dr. Ameal, quien hablará luego de esta exposición), en cuya actual

(5) El tópico en tratamiento constituye una evidencia más del proceso que se ha dado en llamar “la comercialización del Derecho Civil”. Ver López Cabana, Roberto M., *La demora en el Derecho Privado*, en donde enseña: “La comercialización de las relaciones civiles ha sucedido a medida que se iba cumpliendo aquella profunda y decisiva transformación económica y social que significó la revolución industrial, en cuya era no fue posible seguir distinguiendo entre relaciones relevantes o indiferentes para la clase mercantil o empresaria”.

(6) Llambías precisa que no sólo se contempla este requisito cuando el pacto sea posterior al cese de la obligación, sino que queda satisfecho con que ocurra luego del devengamiento de intereses.

(7) Borda, en un artículo de doctrina del año 1992, denunciaba que no sólo la figura era antigua sino también su denominación: “Anatocismo (hasta la palabra es vieja)”, en *LL*, 1992-B-1021.

(8) Llambías, ob. cit., N° 939 bis, pág. 247. Villegas - Schujman, *Intereses y tasas*, año 1990, págs. 102 y ss.

redacción mantiene el principio que veda la capitalización de los intereses con igual sentencia que el artículo reemplazado, empero admite el anatocismo en toda situación en que medie pacto expreso, sin más el requerimiento de oportunidad establecido por la redacción original, manteniendo incólume su segunda hipótesis referida de la deuda judicialmente liquidada y mandada a pagar.

La Cámara Nacional de Comercio, en un fallo plenario, se ha expedido acerca de un aspecto con severas consecuencias prácticas relacionado con la figura que nos ocupa; en efecto, se ha preguntado: ¿existen otras situaciones –además de las planteadas por la ley– en las cuales quepa la capitalización de los intereses devengados por un crédito cuyo obligado se encuentre en mora?⁹ La respuesta afirmativa es conocida¹⁰, y ha sido fundada en el art. 565 del Cód. de Comercio, norma esta que supletoriamente previene la medida (tasa) del interés moratorio, remitiendo a la tasa que perciben los bancos públicos. Sincintamente expuesto, el fundamento de tal solución radica en considerar que la remisión del art. 565 del Cód. de Comercio no sólo se refiere a la medida, a la tasa del interés, sino también a las formas en que se computa, y habida cuenta de que es de práctica en los bancos oficiales la capitalización del interés, la remisión es completa, no sólo de la tasa sino de la forma de ejecutarse.

Esta lectura del art. 565 del Código de Comercio acompaña a una realidad negocial, de modo que si en el sistema bancario el precio del dinero se determina de tal manera, y si –por hipótesis– el deudor debiera recurrir al sistema bancario para poder pagar el dinero adeudado, sería justo que a su acreedor también le pagara de la misma manera pues, de lo contrario, se estaría beneficiando a costa del acreedor “judicial”, dando la opción de elegir a quien deber.

La doctrina del fallo se halla vigente, empero, el Dr. Atilio González¹¹ pone en duda tal virtualidad, habida cuenta de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en autos “Okretich c/ Editorial Atlántida” (fallo inédito del 15/07/1997), en que deja sin efecto una sentencia que manda pagar intereses moratorios de acuerdo con lo previsto en los plenarios “Uzal” y “La Razón”¹², es decir, mediante la capitalización trimestral de los intereses. La Corte determina que no existen supuestos que autoricen el anatocismo distintos de los establecidos en los artículos del Código de Comercio que a él se refieren; ello así en virtud de que la norma es caracterizada como de orden público, mereciendo, por lo tanto, una interpretación restrictiva en cuanto a la posibilidad de

(9) Plenario “Uzal S. A. c/ Moreno, Enrique”, LL, 1991-E-404.

(10) Se concluyó: “a) Además de los supuestos establecidos en el texto legal positivo, existen otros en los que cabe la capitalización del interés devengado por un crédito cuyo obligado se encuentre en mora y b) así, cuando la decisión judicial remita al ‘interés cobrado por los bancos públicos’ –concepto equivalente– y ello se refiera a una tasa de corto plazo –menor que el lapso de la mora–, el acreedor está habilitado para liquidar el interés del modo en que lo haría la banca tomada como referencia de esa tasa”.

(11) LL, 2000-E-953.

(12) LL, 1994-E-412.

aplicación del anatocismo (todo en referencia al art. 623 del Cód. Civil, según ley 23928), dado que la estructura de la norma refiere a un principio que lo veda. Por todo ello, declara a la sentencia que hizo estricta aplicación del ya citado plenario Uzal “sin fundamento normativo”, devolviendo las actuaciones al Tribunal de origen para que dicte nueva sentencia conforme al criterio sentado. De la lectura del fallo del Tribunal supremo se desprende que el remedio federal procedió en razón de considerarse arbitraria la resolución basada en el plenario aludido, ya que no surge de sus consideraciones que se fundamente en las circunstancias del caso concreto.

A modo de conclusión puede decirse: 1) que no se justifica una visión restrictiva de la figura del anatocismo, por tanto, la reforma introducida a su régimen por la ley 23928 se encamina –aunque con falencias de técnica legislativa– en la buena senda, y 2) que debemos tener en cuenta que para la protección de la persona individual –consumidor final de servicios financieros– frente a posibles abusos en materia de créditos se halla legislado un medio tuitivo en el art. 36 de la ley 24240, en cuanto impone a las entidades de servicios financieros un deber de información calificado idóneo para advertir al tomador del crédito acerca de la onerosidad del mutuo que está tomando. Entiendo que por esta vía resulta más eficaz y productiva la protección que antaño se procuraba en las normas de derecho común restrictivas del anatocismo. Muchas gracias.

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradezco al doctor Santarelli por su erudita contribución al tema de los intereses, sobre todo con resoluciones inéditas.

A continuación expondrá el profesor titular de esta casa de estudios, doctor Ameal, quien nos ilustrará sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.

Dr. Ameal.-

Agradezco al Departamento de Derecho Privado por la invitación que nos hace y a todos los asistentes por su presencia.

En realidad, tanto en el Código de Vélez como en los proyectos de reforma posteriores, y así también en el Proyecto unificador de la legislación civil y comercial, a las deudas dinerarias se les da un lugar de privilegio. No es porque sean más importantes que otras, sino que son las más comunes, y por eso el codificador normalmente tiene cierto tratamiento preferencial.

Para saber qué se innova y qué no, confrontando el Código velezano con el Proyecto unificador vamos a tratar qué dice Vélez y qué dice el Proyecto en cada caso.

Desde luego que Vélez Sársfield, campeón del liberalismo individualista a ultranza, en el artículo 621, cuando habla de los intereses, otorga una doble libertad: una para establecer o no intereses y otra para fijar la tasa de esos intereses. Vale decir que el Codificador no se tomó demasiado trabajo en regular algunas instituciones que podrían limitar de alguna forma el establecimiento de una tasa abusiva de intereses. Ustedes saben bien que Vélez Sársfield no era

partidario del vicio de lesión, que repudiaba en la nota al artículo 943 del Código Civil; no era partidario de la disminución de la cláusula penal y, cuando se refería a los intereses, los dejaba al libre arbitrio de las partes. Esto trajo aparejados algunos inconvenientes.

Asimismo, cuando Vélez Sársfield y la doctrina tradicional clasifican los intereses, hablan de intereses moratorios y compensatorios a secas. Desde hace tiempo venimos introduciendo alguna otra clasificación que, por suerte, en parte toma el Proyecto de reforma. López Cabana, Alterini y yo hablamos no de intereses compensatorios y moratorios a secas, sino que hacemos algún distinguo y, como dijo la doctora Gesualdi, hablamos de intereses conforme al origen y conforme a la finalidad. Conforme al origen pueden ser voluntarios –porque se pueden establecer en un legado testamentario–, convencionales o legales. A los voluntarios los clasificamos en lucrativos, porque creemos que así se deben llamar, y punitorios. Los lucrativos son los compensatorios de la doctrina tradicional, que en el mutuo dinerario se abonan por el uso del capital ajeno, mientras que los punitorios son los moratorios pactados.

Los intereses legales pueden ser retributivos, los que buscan el equilibrio y no el lucro, y moratorios propiamente dichos, que son los del artículo 622 del Código Civil.

Esta clasificación ha sido adoptada en parte por el Proyecto de reforma, y digo “en parte” porque, para sorpresa de quien habla, en lugar de referirse a intereses lucrativos se los llama compensatorios. Imagino que esto habrá sido por el afán de conciliar distintas opiniones entre los autores, porque Alterini desde siempre habla de intereses lucrativos, ya que se comprenden mejor por aquel que los pacta, y porque realmente en este momento no estamos en la época en que pactar intereses parecía algo poco recomendable, sino que cuando la persona presta dinero pretende obtener un lucro con él.

Luego el Proyecto habla de intereses punitorios, que son los moratorios pactados, y de intereses retributivos, que son los que no buscan una ganancia sino un equilibrio: al mandatario, gestor de negocios, curador o tutor, que utilizan su dinero en beneficio del pupilo, mandante o beneficiario del negocio jurídico, cuando llega el momento de rendición de cuentas, es justo que se le restituya el dinero utilizado en beneficio ajeno con más los intereses. Estos intereses tienen una tasa que no es similar a la de los intereses lucrativos, porque lo que se busca es que no pierdan, no que ganen. Ya en el Código velezano está establecido, pero en el Proyecto se habla específicamente de intereses retributivos, sosteniendo en el artículo 718 que se deben estos intereses desde el momento que se ha realizado el gasto, anticipo de fondos o inversión, porque justamente son esas las causas que pueden originar el cobro de intereses retributivos. De otra manera, si esto no fuera así, habría un enriquecimiento sin causa a expensas de aquel que utilizó dinero propio en beneficio ajeno.

También el Proyecto de reforma menciona otro tipo de intereses, los resarcitorios, que apuntan al daño efectivamente irrogado y que concurren con el daño producido, ya sea lucro cesante o daño emergente, regulando desde qué momento comienza a correr el curso de los intereses.

Por otro lado, se refiere a intereses sancionatorios, que son aquellos que apuntan a cierta malicia en el proceso. Desde luego, no estoy de acuerdo con la regulación en el Código de estos intereses, porque desde hace tiempo criticamos que la ley 17711 introdujera el apartado final del artículo 622, que se refiere a la conducta procesal maliciosa. Sostenemos que ésa es una materia privativa de los códigos de procedimiento, no del de fondo y, por lo tanto, es inconstitucional. Nosotros creemos que esa norma es inconstitucional no porque la norma de fondo está supeditada al derecho de forma, sino porque la norma de fondo no puede avanzar sobre algunas facultades que no fueron delegadas por las legislaturas locales al Congreso Nacional.

Por lo tanto, creo que el artículo 1633, que regula la malicia procesal, está un tanto desubicado en este Proyecto de reforma.

Desde luego que no está desubicado aquel interés que trata específicamente con mayor rigor el dolo en el incumplimiento obligacional, que es algo totalmente distinto de la malicia procesal.

Cuando nos referimos a los intereses, dijimos que había libertad en cuanto al establecimiento de las tasas. La gran disputa que existe en la doctrina y sobre todo en la jurisprudencia es acerca de si se puede cobrar la tasa activa o pasiva. La doctora Gesualdi nos estuvo ilustrando sobre el particular.

Desde ya anticipo que, a mi criterio, la solución que da la Cámara Civil en la materia es totalmente errada. No se puede pretender aplicar la tasa pasiva a los intereses moratorios. ¿Qué opinan los jueces de la Cámara? Dicen, sorprendentemente, que se aplica la tasa pasiva, que es la que el banco paga al que invierte dinero en esa entidad, porque justamente cuando a mí no me devuelven el capital en tiempo oportuno, o sea, cuando hay mora, yo no voy a poder prestarle dinero al banco y, por ese motivo, lo que puedo cobrar es la tasa pasiva, cuando en realidad el grave perjuicio que sufre aquel a quien no le devolvieron el dinero en tiempo propio es que, si no tiene ese dinero, seguramente tendrá que recurrir al banco para que éste le preste dinero, y el banco no le va a cobrar la tasa pasiva, sino la activa.

Por lo tanto, esta solución de la Cámara Civil de la Capital Federal va en contra no sólo de una lógica jurídica sino además del concepto que debemos tener sobre el Derecho de Daños, en el que siempre tenemos que privilegiar al damnificado. Entonces, parece que aquí se está premiando de algún modo al deudor.

Desde luego que esto es resuelto decididamente y en forma satisfactoria por el Proyecto de reforma. Cuando éste último se refiere a los intereses moratorios sostiene que primero hay que aplicar la tasa que convienen las partes, segundo la que surge de la ley y los usos y, en tercer lugar, la tasa activa promedio que cobran los bancos oficiales en las operaciones a corto plazo.

Vale decir que a partir de allí no habrá más dudas, si es que el Proyecto unificador de las obligaciones civiles y comerciales es sancionado y no es vetado por el Poder Ejecutivo. Esto último lo digo porque en 1987 se sancionó un Proyecto unificador que luego fue vetado por el Poder Ejecutivo, porque no le había gustado el artículo 1625. Entonces, vetó todo y se acabó. Vamos a ver si

esto no se repite y si, después del tratamiento legislativo, el Poder Ejecutivo no lo veta nuevamente.

Desde luego que hay que tener recato, porque se trata de un Proyecto que pertenece al Poder Ejecutivo anterior. Aparentemente, llegaría a buen término, aunque parece que en nuestro país todos están en contra de los proyectos de reforma. Nadie los critica, pero dicen que hay que dedicarle mucho tiempo a su estudio. Entonces, ¿para qué vamos a criticarlo si podemos dilatarlo en el tiempo, ya que el tiempo borra todo? Entonces, quedémonos tranquilos.

Me parece que eso es un error. Creo que respecto de este nuevo Proyecto hay que decidirse, por sí o por no.

Además, cuando el Proyecto modificatorio del Código Civil se refiere a los intereses retributivos, aplica la tasa pasiva promedio que cobran los bancos oficiales en las operaciones a corto plazo. Les decía antes que lo que busca este interés retributivo es la equivalencia. Es por eso que aplica la tasa pasiva, que es menor que la tasa activa.

El interés moratorio está regulado como corresponde, así como también está regulado el interés compensatorio. Éste último, que vendría a ser lucrativo, está definido en el artículo 715, en el cual el Proyecto también alude a lo que convienen las partes, lo que establecen la ley y los usos o a que si no se aplica la tasa pasiva promedio para operaciones ordinarias a corto plazo.

Es evidente que con esto se da por concluida la disputa que existía en cuanto a qué tasa regía en cada supuesto. No obstante, cuando existe dolo del deudor o malicia procesal, los artículos 1632 y 1633 permiten que, además de estos intereses, se cobre algo más. Se determina que cuando hay dolo del deudor, el acreedor tiene derecho como mínimo a los intereses moratorios calculados al doble de su tasa, es decir, al doble de la tasa activa que cobran los bancos oficiales en las operaciones a corto plazo. ¿Por qué esto es así? Algo mencionó recién la doctora Gesualdi. Estaba en disputa si el plus indemnizatorio debía ser abonado o no por el deudor en caso de un incumplimiento obligacional y algunos decían que se aplicaba solamente el artículo 622 estableciendo intereses. Pero nosotros sabemos –y en ese aspecto creo que la doctrina es pacífica– que cuando hay dolo, que es el máximo reproche civil, junto a la responsabilidad es evidente tanto en el Código velezano como ahora en el Proyecto de reforma, por el artículo 1632, que se puede cobrar ese plus indemnizatorio, porque de otro modo no habría una concordancia cuando se regula la responsabilidad respecto de las demás obligaciones que tienen por objeto no dar dinero y en la que siempre existe el agravante en caso de dolo –como ocurre con los artículos 520 y 521 del Código– y porque, de otro modo, se establecería una condición potestativa vedada por el artículo 542 del Código Civil.

Ésos son argumentos incontestables que permiten afirmar que en el dolo siempre debe agravarse la responsabilidad, tal como lo contempla el Proyecto.

El Proyecto habla de dolo en el incumplimiento obligacional, porque el artículo 622, reformado por la ley 17711, se refiere a la conducta procesal maliciosa, y eso no es el dolo civil, no es el incumplimiento deliberado de la obli-

gación. Creo que la malicia procesal no tiene que regularse aquí, pero sí tiene que regularse, agravando la responsabilidad, cuando existe dolo.

Por otro lado, está el tema de la usura. Si se pactan libremente los intereses, ¿qué ocurre? El Código Civil no establece nada respecto de la usura. No obstante, cuando existe usura cabe aplicar tres artículos: el 953 y el 502 si se configura el delito de usura penal, en cuyo caso la nulidad es absoluta y el juez la dicta de oficio, pero cuando existe un abusivo aprovechamiento de las circunstancias en las que se encuentra el deudor no apelamos al artículo 953, vinculado al objeto, ni tampoco al artículo 502, que para algunos se refiere a la causa-fin y para otros a otro tipo de causa, sino que recurrimos al artículo 954, que se vincula al juicio de lesión, lesión como vicio de la libertad, que es elemento de la voluntad en el acto jurídico. Así, la nulidad parcial es relativa, porque quien puede invocarla es aquel que se ve afectado. No es el caso de cuando existe usura penal, que ahí sí es agredido el orden público y se aplica el artículo 953.

El artículo 723 del Proyecto de unificación tiene en cuenta la posibilidad de reducción de la tasa abusiva o exorbitante de interés. El Proyecto respeta la autonomía de la voluntad, pero por sobre aquellas cláusulas que son disponibles hay normas imperativas, de orden público, que están por arriba de la autonomía de la voluntad. Por eso el artículo 723, en principio, no faculta a los jueces a reducir libremente los intereses sino cuando se dan diversos supuestos. El primero de ellos es el del artículo 327, que habla del vicio de lesión, regulado no muy felizmente por el Proyecto, porque la prueba del estado subjetivo del damnificado o de quien se encuentra en estado de inferioridad está a cargo de éste, y no se establece la presunción que actualmente figura en el artículo 954 del Código Civil, ya que cuando la desproporción es notable se presume *iuris tantum* el aprovechamiento.

Por lo tanto, cuando existe vicio de lesión –con esa salvedad– se pueden reducir los intereses. También cuando estamos frente a contratos en los que hay cláusulas predisuestas y los intereses son soportados por el no predisponente a una tasa que exorbita la que normalmente se cobra en operaciones similares. Además, cuando existe una condena de usura penal o cuando lo autoriza expresamente la ley.

En todos esos casos en que se autoriza la reducción de intereses, el plus se aplica al capital y, si resulta extinguido, cabe la acción de repetición por parte de quien pagó intereses en exceso. Aquí se trata de una repetición y no de un reintegro, porque se los pagó a una persona que cobró excesivamente y tiene que devolverlos a ese deudor.

Por otro lado, tenemos que referirnos sucintamente al tema de la relación que existe entre interés compensatorio, interés punitivo y cláusula penal. El artículo 717 del Proyecto unificador establece claramente que cuando está pactado un interés compensatorio –es decir, el lucrativo– y hay mora en el pago del capital, se pueden aplicar los intereses moratorios; ésta es una opción que tiene el damnificado. Y no corre cuando existe pactada una cláusula penal con precio fijo o tope fijo por la demora, sin tener en cuenta el tiempo de esa

demora. Así lo establece la última parte del artículo, es decir, la opción queda excluida si la cláusula penal moratoria fija una pena cuya cuantía no depende del tiempo, conforme el artículo 717 del Proyecto. En tal caso no cabría esta opción.

También debemos tener en cuenta lo que regula el Código respecto al anatocismo, que es lo que estuvo tratando el doctor Santarelli.

Nosotros sabemos lo que dice el Código Civil en el artículo 623, que prohíbe el anatocismo, salvo que hubiese una liquidación judicialmente aprobada, que hubiese mora en el pago de dicha liquidación una vez intimado su pago o un convenio posterior de partes. Eso es lo que ha determinado Vélez, porque él prohibía la capitalización de intereses. No lo dispone así el Código de Comercio ni tampoco la ley 23928, de convertibilidad, que regula en forma distinta el anatocismo. La ley 23928 permite el anatocismo por convenio de partes, es decir que las partes pueden convenir la capitalización de intereses y, además, permite que los intereses sean capitalizados cuando, existiendo un reclamo judicial, la deuda se encuentre liquidada y el juez haya ordenado su pago.

Acá se plantean algunas dudas sobre esa exigencia vinculada con el reclamo judicial y que la deuda esté liquidada. Desde luego, esto viene del Código Civil, donde tenía su razón de ser, pero no sucede así en una ley que justamente permite el anatocismo. Entonces, parece algo que fuera a contrapelo de lo que el legislador propone al reformar el artículo 623 del Código de Vélez Sársfield. Además, existen algunas dudas en cuanto a la intimación de pago que fija la ley 23928 porque, según algún criterio, eso solamente es viable en aquellos procedimientos de reconocimiento pleno.

Desde luego que ésta es una postura doctrinaria. Y si bien es cierto que el Código Procesal, en el artículo 561, lo permite en los procesos ejecutivos, ello es siempre y cuando se encuentre embargado el deudor, es decir, previo embargo al deudor. Por lo tanto, nos estamos dando cuenta de que esta pauta que reforma el artículo 623 del Código Civil no fue muy felizmente lograda en la ley 23928.

El Proyecto unificador resuelve satisfactoriamente y con mayor amplitud el anatocismo. Primero, porque lo permite por convenio de partes. Pero, además, cuando alude a la liquidación judicial aprobada, no se refiere específicamente a las exigencias que impone la ley 23928, y la capitalización de intereses no la remite pura y exclusivamente a que se encuentre liquidada la deuda y además que se intime, sino que concretamente dispone que en defecto de convención, si se deduce pretensión ante un tribunal, se deben intereses de intereses desde la fecha de notificación de la demanda o de una medida cautelar o de la fecha de mediación, si ella fuera obligatoria. Vale decir, tanto la notificación de la demanda, la medida cautelar o el pedido de mediación obligatoria, lo que sea anterior, fijan el momento en que se pueden cobrar intereses de los intereses. Y una vez dictada sentencia y liquidada la deuda con sus intereses, desde la aprobación de la liquidación. Deja a salvo también los demás casos previstos por la ley.

Creo que esta fórmula de regular el anatocismo es mucho más criteriosa, amplia y atendible, en el afán de unificar la legislación civil y comercial. Recuerden que se trata de limar diferencias entre uno y otro ámbito para llegar a una unificación del Derecho Privado que se viene pregonando desde tiempo atrás y no es discutible en doctrina.

Esta parte de la regulación tiene muchos aspectos positivos y algunos negativos pero, en definitiva, es saludable la forma en que el Proyecto unificador la trata, así como también ocurre con la Parte General, o de elementos de Derecho Civil, obligaciones y contratos, porque aplica criterios doctrinarios que se vienen pregonando hace tiempo en distintas jornadas de Derecho Civil. No es un capricho de los autores sino una imposición, entre comillas, de la doctrina. Algunos no lo entienden así pero a veces se ven ciertos atisbos de crítica por la crítica misma. En el fondo íntimo de sus conciencias, creo que están de acuerdo con la reforma, aunque a veces no lo expongan públicamente.

Debemos entender que no podemos seguir regulándonos con un Código de 130 años, porque la situación económica y social del país ha cambiado totalmente, y por ello debe cambiar la legislación. Si no, lo que entendemos como derecho positivo no se convierte en derecho regulador de conductas humanas.

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradezco al doctor Ameal su erudita y vibrante exposición.

Creo que el interés que tiene el tema en el Proyecto, sobre el cual ha alegado en forma más que suficiente el doctor Ameal, está dado en la cantidad de normas proyectadas. Con ayuda de la computadora pude contabilizar 58 artículos donde los intereses son los protagonistas de la norma. *(Aplausos.)*

-Con lo que terminó el acto