

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA LEGISLACIÓN DESINDEXATORIA EN LA ARGENTINA: VIRTUALIDAD DE LOS INTERESES COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE AJUSTE

ATILIO ANÍBAL ALTERINI*

1. La legislación desindexatoria en la Argentina. En la Argentina rige la reciente Ley 23.928, que establece la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense, y procura la desindexación de la economía, ateniéndose a los postulados clásicos del nominalismo.

La segunda parte del artículo 7 de esa ley —en relación con las obligaciones “de dar una suma determinada de australes” a que se refiere su primera parte— dispone: “En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1 del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral”. Agrega, concordantemente: “Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto”.

El artículo 10, a su vez, establece con alguna reiteración: “Deróganse, con efecto a partir del 1 del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes,

obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1 de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral”.

El decreto reglamentario 529/91, en su artículo 1, prevé que a partir de la fecha indicada las deudas reajustables “quedarán convertidas a australes nominales en la relación uno a uno”.

La ley se declara de orden público, y proclama asimismo que “ninguna persona puede tener en su contra derechos irrevocablemente adquiridos” (art. 13).

2. La prohibición de los mecanismos de actualización de deudas. Clásicamente se entendió que la relación negocial de equilibrio, propia de los contratos bilaterales, debía existir al momento de la celebración del acto. Se trata del designado como *sinálagma genético*.

Pero el criterio moderno pone en el primer plano al *sinálagma funcional*: exige el equilibrio inicial, pero requiere que también subsista al tiempo de ejecución de las obligaciones recí-

* Profesor titular de Obligaciones Civiles y Comerciales en las universidades de Buenos Aires y Belgrano (República Argentina).

procas. La doctrina de la imprevisión (art. 1198, Cód. Civ., según Ley 17.711)¹ deriva de esa idea, como manifestación particular de otra más extensa y fundante.²

El *sinalagma funcional* puede ser afectado por la descalificación genérica de los mecanismos legales y convencionales de *repotenciación de deudas* —que resulta de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928, y del art. 1 del Decreto 529/91—, no bien la inflación subsista en algún nivel, aunque sea bajo en términos relativos.³

Dicha descalificación, en los hechos, significa que la ley llega hasta a prohibir que la prestación sea equivalente a la contraprestación. Con ello, en lo jurídico, se pone a contrapelo de la realidad negocial, y desconoce la esencia de la autonomía de la voluntad, así como las garantías constitucionales que amparan al derecho de propiedad; y en lo económico, transgrede exigencias elementales del cambio, y reglas insoslayables del mercado. Se ha dicho, críticamente, que "la prohibición genera-

lizada de los mecanismos de repotenciación de las obligaciones dinerarias es irrazonable e inviable".⁴

La ley, claro está, no ha prohibido que haya inflación: no podría haberlo hecho útilmente, y la inflación cero es una quimera. Por lo tanto, resulta menester acudir a los mecanismos que permitan convivir jurídicamente con la depreciación monetaria. Estos mecanismos están efectivamente disponibles, y sólo es preciso emplearlos técnica e inteligentemente.

3. Categorías de deudas pagaderas en dinero. Antes que todo es preciso distinguir el *objeto de la obligación* (lo que el deudor debe) del *objeto del pago* (lo que el deudor paga), porque es frecuente que el deudor pague un monto de dinero para cancelar una deuda que no consiste en ese monto.

Veamos:⁵

a) El deudor de una "suma determinada" de dinero cumple pagando esa "suma determinada" de australes. Es la hipótesis —en reali-

1. Sobre la cuestión, ver MOLINA, Juan Carlos, *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1969; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia contractual*, Buenos Aires, 1978; MORELLO, Augusto M. y TROCCOLI, Antonio, *La revisión del contrato*, La Plata, 1977; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969; CASIELLO, Juan José, "La teoría de la imprevisión", en L.L., to. 131, pág. 1.491; MASNATTA, Héctor, "La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato", en E.D., to. 23, pág. 875; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971, pág. 249; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada*, Buenos Aires, 1968, to. I, pág. 162; QUINTEROS, Federico A., "Reformas introducidas por la Ley 17.711 en el Derecho de los Contratos", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 1968, N° 4, pág. 419; ALTERINI, Atilio Aníbal, "El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria: Una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente", en L.L., to. 1978-C, pág. 42, y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1988, pág. 93; *La responsabilidad en la reforma civil*, Buenos Aires, 1970, N° 52, pág. 46; etcétera.
2. La doctrina nacional moderna considera que la teoría de la imprevisión "constituye sólo una hipótesis particular" de otra "de aplicación general": la teoría de las bases del negocio jurídico ("IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal", Junín, 1990, Comisión N° 3, Rec. 12; conc. "Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la provincia de La Pampa", Santa Rosa, 1991, Comisión N° 3, Rec. 4, ap. c; "Talleres Preparatorios de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Paraná, 1991, Comisión N° 1, coordinada por Félix A. TRIGO REPRESAS). Concordantemente, las "XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Buenos Aires, 1991, Comisión N° 3, en cuanto a la frustración del fin del contrato, y en cuestión vinculada con la teoría de las bases del negocio jurídico, consideraron que cuando se malogra su motivo determinante —conocido o aceptado por las partes— se resta interés o utilidad a su subsistencia.
3. Medida por el índice de precios al consumidor del INDEC, en abril de 1991 llegó al 5,5%; en mayo al 2,8%; en junio al 3,1%; en julio al 2,6%; en agosto al 1,3%; en setiembre al 1,8%. De tal modo, en seis meses acumuló el 18,3%.
4. PAOLANTONIO, Martín Esteban, "Inviabilidad retorno al nominalismo", en L.L., to. 1991-C, pág. 992, ap. VI; conf. BANCHIO, Enrique Carlos, "Nominalismo y obligaciones de valor en la ley de convertibilidad", en MOISSET de ESPANES, Luis (coordinador), *Convertibilidad del austral*, 3a. serie, Buenos Aires, 1991, pág. 93, ap. 2.8. En términos económicos, la prohibición carece de sentido en un marco de estabilidad (STURZENEGGER, Adolfo, en mesa redonda del Seminario sobre la reforma económica del Plan Cavallo. Aspectos económicos, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 09/04/91), aunque se reconozca que con ella el legislador persiguió un "efecto psicológico y social" ("1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico. Emergencia económica y convertibilidad del austral", Río Cuarto, 1991, Declaración IV-b).
5. Sobre estas categorías, presentadas en cuadro, v. FILIPPINI, Aníbal, "Ley de convertibilidad: ¿Es posible pactar alquileres en dólares?", en L.L., to. 1991-C, pág. 1049, N° 6.

dad, la única— abarcada por el art. 7 de la Ley 23.928.

b) En otros casos la deuda no es de una "suma determinada", sino de una cantidad meramente *determinable* de dinero; al nacimiento de la obligación sólo se conocen las bases necesarias para la determinación del monto final, pero dicho monto todavía no es líquido, porque se ignora el *quantum debeatur* (nota al art. 819, Cód. Civ.).

Tal sucede: i) cuando el deudor debe una suma *ajustable* de dinero, caso en el cual paga una cantidad *ajustada*, cuya evaluación resulta de la incidencia de los parámetros de actualización correspondientes;⁶ ii) cuando el deudor debe un *valor*,⁷ que es cancelado por el monto actual representativo de la porción patrimonial (el bien o la utilidad) respectiva.⁸

En todas las hipótesis se trata de la aplicación lisa y llana del principio de identidad del pago que consagra el art. 740 del Código Civil. El deudor está precisado a pagar *lo mismo* a

que está obligado (conf. art. 725), trátase de la "suma determinada" de dinero, de la suma *ajustable*, o del *valor* debidos. En esta última situación el pago con dinero resulta de su propio poder cancelatorio: el responsable por el destrozo de un guardabarros puede ser constreñido a reponerlo en especie, o a una "indemnización en dinero" (art. 1083, Cód. Civ.);⁹ la obligación alimentaria consiste en "la satisfacción de las necesidades" del alimentario (art. 267, Cód. Civ., según Ley 23.264), que pueden ser cubiertas en especie o en dinero.¹⁰

4. Medios de ajuste directos e indirectos. Cuando el descarrío inflacionario de mediados de la década de los setenta puso la cuestión en el primer plano de debate,¹¹ fueron señalados los distintos caminos que podían ser seguidos para ajustar los montos dinerarios.¹²

Ellos son *directos* o *indirectos*. Entre los primeros fueron ubicados los medios de indexación establecidos en la ley, o pactados por las partes. Entre los segundos, que actúan por

6. La deuda "es meramente *evaluada* y no *revalorizada* al día del pago por la referencia a un índice", y mediante la aplicación de éste "se constituye la verdadera *moneda del contrato*": PIERRE FRANCOIS, Georges L., "La notion de dette de valeur en Droit Civil. Essai d'une théorie", Paris, 1975, Nº 123, ap. II, pág. 107.

7. Sobre el distinguo *in obligatione* e *in solutione*, que define a la deuda de *valor*, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, "Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral", en L.L., to. 1991-B, pág. 1.048; *Desindexación. El retorno al nominalismo*, Buenos Aires, 1991, Nº 3, pág. 14, y Nº 61, pág. 127.

8. Conf. "XXVIII Jornada Notarial Bonaerense" (Mar del Plata, 1991), tema II, Rec. II-a; CASIELLO, Juan José, "¿El fin de la indexación?", en L.L., to. 1991-B, pág. 1.039, Nº 2.1.5 y "Ley de convertibilidad y desindexación", en MOISSET de ESPANES, Luis (coordinador), *ob. cit.*, 1a. serie, Buenos Aires, 1991, pág. 73, ap. 2.1.5; COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., "A propósito de la ley de 'convertibilidad del austral'", en L.L., to. 1991-C, pág. 991, Nº 10; MOISSET de ESPANES, Luis, "Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad", en *ob. cit.*, 1a. serie, pág. 37; BANCHIO, *ob. cit.*, ap. 3.7; ALTERINI, Atilio Aníbal, "Las deudas de valor..." *cit.*; *Desindexación...*, *cit.*, Nº 62, pág. 129; v. TRIGO REPRESAS, Félix A., "Congelamiento y 'desindexación' de deudas en la ley de convertibilidad del austral", en L.L., to. 1991-C, pág. 1.969, ap. V-b, y "Nominalismo y prohibición de actualizar deudas y desindexación en la Ley 23.928", en MOISSET de ESPANES (coordinador), *ob. cit.*, 2a. parte, pág. 219, ap. 71.; WAYAR, Ernesto C., "La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero", *ibíd.*, 1a. serie, pág. 201, ap. 5-d; CONDORELLI, Epifanio J.L., "Reflexiones en torno al artículo 8 de la Ley 23.928", *ibíd.*, 2a. serie, pág. 83, ap. 3; LORENZETTI, Ricardo, "La ley monetaria y la doctrina: el precipitado de la interpretación", *ibíd.*, 3a. serie, pág. 141, ap. 7; RIVERA, Julio César, "Ley de convertibilidad del austral. Efectos sobre el régimen de la moneda", en *La Revista del Foro de Cuyo*, to. 1, Mendoza, 1991, pág. 7, ap. 7.4. "Aplicar el principio nominalista cuando se está contratando sobre un valor es un contrasentido; el nominalismo sólo es aplicable a lo que tiene un valor nominal: la moneda" (FERRERE-LAMAISSON h., Daniel, *El dinero en la teoría jurídica*, Montevideo, 1974, pág. 48).

9. El costo que debe afrontar el responsable es, en ambos casos, el actual de reposición, sea que adquiera el guardabarros y lo haga instalar por sí, sea que pague lo necesario para que la víctima lo adquiera y lo haga instalar.

10. Salvo que el alimentario rehúse la prestación en especie: Cám. Apel. Rosario, *Juris* 9-174. Sobre las virtualidades de la Ley 23.928 en esta cuestión, v. CÓRDOBA, Marcos M., "La Ley 23.928 y la inalterabilidad de la equivalencia en la prestación alimentaria", en L.L., to. 1991-C, pág. 996, texto y notas 5 a 7.

11. Sobre la correlación entre esa inflación coyuntural y el cambio de los criterios de aplicación de la teoría de las deudas dinerarias, véase ALTERINI, Atilio Aníbal, LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Soluciones jurídicas para el problema inflacionario", en L.L., to. 1986-D, pág. 984, y en *Cuestiones modernas...*, *cit.*, pág. 207, ap. 7.

12. Véase LÓPEZ CABANA, Roberto M., "La indexación de las deudas dinerarias. Estado actual y prospectiva", en J.A., to. 1976-III, pág. 794.

vía refleja, la tasa del interés incidida por la inflación, la liquidación del crédito sobre la base de un valor referente,¹³ los casos en los que resultan relevantes los estándares básicos del sistema,¹⁴ y los de dolo o de culpa grave del deudor.¹⁵

Los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 prohíben únicamente los medios de ajuste *directos*, esto es, los que actualizan la deuda "a través de un mecanismo apto por el cual —derechamente— se la introduce en el campo del valorismo y se la sensibiliza a los índices correctores".¹⁶ Se trata de los arbitrios para la "repotenciación de deudas", como la "actualización monetaria", la "indexación por precios", o la "variación de costos", a que se refieren literal e inequívocamente ambos artículos. Distintas son las vías *indirectas*, que no operan para producir la "repotenciación" de una "suma determinada" histórica, sino que concretan cierta expresión en moneda actual.

Propongo analizar de qué manera son utilizables los intereses como mecanismo *indirecto* para el reajuste de las deudas dinerarias propiamente dichas.

5. Cláusulas de ajuste e Intereses. Los intereses y las cláusulas de ajuste se asemejan en cuanto a la expresión matemática y a los efectos aritméticos. En ambos casos, a mayor capital, mayor es la ecuación final resultante; y el resultado aritmético coincide, tanto cuando el capital es actualizado por índices, como cuando se le aplican intereses capitalizables (*anatocismo*).¹⁷

Pero presentan varias diferencias:

a) Los intereses conciernen a un lucro. Los índices, a mantener un determinado poder adquisitivo.

b) Las tasas de interés son conocidas al ser establecida la relación jurídica. Los índices no.

c) Las tasas de interés son discrecionales. Los índices derivan de procedimientos matemáticos.

d) Las tasas de interés tienen como límite la teoría de la usura. Los índices, lo que determine la realidad económica.

e) La fijación de una tasa arrastra el riesgo de errar, en más o en menos, respecto de la incidencia inflacionaria. Los índices, en cambio, la reflejan con precisión.

f) Los intereses son debidos *a prorrata temporis*, y resultan mayores cuanto mayor sea el plazo de aplicación. Los índices no guardan esa relación, puesto que pueden escaparse súbitamente, o aun disminuir.

g) La actualización no genera impuesto a las ganancias (art. 20, inc. z, Ley 20.628, t.o. en 1986 y sus modificaciones; pero comp. con art. 97, inc. a); los intereses sí (art. 45, inc. a, ley cit.).

En el caso de la deuda dineraria (no ajustable) la importancia de los intereses es sumamente significativa, en cuanto tienden a "compensar el deterioro del signo monetario".¹⁸ Por eso, el complejo sistema indexatorio resulta inútil cuando las partes están en situación de "prever exactamente el *quantum* de la depreciación monetaria que se producirá en el futu-

13. Es el caso del "monto del proceso", conforme al artículo 23 de la Ley 21.839 de honorarios de abogados y procuradores.

14. Regla de buena fe (art. 1.198, 1a. parte, Cód. Civ., según Ley 17.711), descalificación del abuso del derecho (art. 1.071, Cód. Civ., según Ley 17.711), teoría de la imprevisión (art. 1.198, 2a. parte, Cód. Civ., según Ley 17.711).

15. V. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación...*, cit., Nos. 52 y 53, págs. 113 y 116.

16. LÓPEZ CABANA, ob. cit., ap. IV.

17. Sobre esto, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación...*, cit., N° 36, pág. 86.

18. VILLEGAS, Carlos Gilberto, SHUJMAN, Mario S., *Intereses y tasas*, Buenos Aires, 1990, pág. 111. Conf. VITOLO, Daniel Roque, *Ley de convertibilidad 23.928 y sus efectos sobre las relaciones jurídicas*, Buenos Aires, 1991, pág. 71.

ro", y de "estipular una tasa de interés que contemple ese hecho futuro".¹⁹

6. El sistema de la Ley 23.928. a) *El rigor nominalista.* No es dudoso que "los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 importan el retorno al nominalismo",²⁰ y que dicha ley "ha sancionado un régimen nominalista rígido, que tiene por finalidad erradicar todas las cláusulas de estabilización".²¹

Ello, por cierto, no significa que ese propósito haya sido conseguido, o sea plenamente conseguible. Pero, aun dentro de la ortodoxia nominalista, los intereses constituyen un mecanismo idóneo para ajustar el saldo final de la ecuación económica.²²

Una deuda, claro está, no siempre es apta para llevar intereses. Pero, cuando éstos proceden —sean los retributivos, los lucrativos, los moratorios o los punitivos,—²³ dan la llave para captar en su tasa la depreciación de la moneda.

b) *La tasa variable.* Conforme al artículo 623 *in fine* del Código Civil (según Ley 23.928, son expresamente autorizados los intereses a tasa variable, esto es, de acuerdo con "la evolución periódica de la tasa de interés de plaza". Con aquella designación, ya había sido prevista por el Proyecto de Código Único sancionado por la Cámara de Diputados el 15 de julio de 1987 (art. 2248, inc. 1º). Se considera que "posibilita la apertura del crédito en nuevos sectores",²⁴ y su validez ha sido reconocida expresamente.²⁵

Técnicamente, tasa variable es la susceptible de ser modificada tomando como referencia la evolución de otros indicadores representativos (tasas o índices).²⁶

La Ley 23.928, solo contempla la evolución de la *tasa de interés de plaza*. No obstante, esta tasa de interés de plaza concierne, de alguna manera, a los índices inflacionarios, puesto que habitualmente contiene una "previsión por depreciación de la moneda".²⁷

c) *Anatocismo.* Al modificar el artículo 623 del Código Civil, la Ley 23.928 ha conferido mayores potestades a la autonomía de la voluntad, pues autoriza el anatocismo, o capitalización de intereses. Se trata del denominado *interés compuesto*, que supone la reinversión periódica del capital con más los intereses devengados hasta entonces.

El anatocismo sólo procedía, antes de la actual reforma, en algunas escasas situaciones especiales, expresamente previstas: para el mandatario, el gestor de negocios y el fiador, con respecto a los intereses retributivos anexos a su crédito por capital (arts. 1950, 2298 y 2030, Cód. Civ.); para el mutuo mercantil (art. 569, Cód. Com.), la cuenta corriente mercantil (art. 788, Cód. Com.) y la bancaria (art. 795, Cód. Com.).

El nuevo texto del artículo 623 del Código Civil dispone: "No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses,

19. EGUES, Alberto J., *Régimen jurídico financiero de la indexación*, Buenos Aires, 1983, pág. 35.

20. "XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", *cit.*, Tema II, Rec. II-a.

21. "1as. Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial" (En homenaje al profesor doctor Adolfo PLINER), Bahía Blanca, 1991, Comisión Nº 2, Rec. I.

22. Las "1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico", *cits.*, asignaron al interés el carácter de "única pauta de ajuste" en el sistema vigente (Declaración V).

23. Sobre estas categorías, v. ALTERINI, Atilio Anibal, *Responsabilidad civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 1987, Nº 361 y sigs., págs. 283 y sigs.

24. BENELBAZ, Héctor Ángel, "La nueva ley de convertibilidad del austral. Aspectos jurídicos trascendentales", en E.D., ej. del 21/05/91, pág. 1, ap. IV.

25. Las "1as. Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial", *cits.*, declararon que "son válidas las cláusulas de interés a tasa variable concertadas en obligaciones en moneda de curso legal y moneda extranjera" (Comisión Nº 2, Rec. III-2).

26. VILLEGAS, SHUJMAN, *ob. cit.*, pág. 102, entienden viable que la tasa variable sea establecida con referencia a índices.

27. VILLEGAS, SHUJMAN, *ob. cit.*, pág. 103.

el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza".

La autorización del anatocismo venía siendo reclamada,²⁸ en términos diametralmente diversos de los que orientaron la solución negativa clásica.²⁹ Modernamente se ha entendido que la prohibición de capitalizar intereses "es una regla 'inmoral', en el sentido de que induce un comportamiento social disvalioso".³⁰

El nuevo texto legal tiene antecedente en el Proyecto de Código Único, sancionado por la Cámara de Diputados el 15 de julio de 1987.³¹

d) *El contenido económico de la sentencia.* Tanto el artículo 8 de la Ley 23.928, como el artículo 8 del Decreto Reglamentario 529/91,

sin eufemismo alguno, pasaron por alto los efectos de la cosa juzgada y congelaron al 1 de abril la ecuación económica resultante de sentencias: a partir de entonces no cabrían "nuevos ajustes".

Esto constituía un claro despropósito: en general, por avasallar la cosa juzgada,³² y en particular, por desconocer la esencia de las obligaciones de valor. En términos macroeconómicos, el congelamiento de las sentencias es innecesario para el éxito de un plan de estabilidad.³³

Prontamente, en materia laboral, se resolvió que, sin perjuicio de la prohibición de actualizar los créditos a partir del 1 de abril de 1991, debía aplicárseles "la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para

28. V. ESTEVEZ BRASA, Teresa M., "Los riesgos del anatocismo", en L.L., to. 1976-D, pág. 889; BONFANTI, Mario Alberto, "En tema de intereses", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 17, 1984, pág. 855, ap. 3; MACIEL, Hugo Darío, "Capitalización e intereses", en L.L., to. 1988-C., pág. 156; PALACIO, Lino E., "Hacia el fin del anatocismo", en L.L., to. 1989-B, pág. 784. La regla del art. 623 del Cód. Civ. fue relativizada por la CSJN (L.L., 1982-C-82).

29. La teoría negativa clásica aún tiene algunos sostenedores: LÓPEZ de ZAVALIA, Fernando, en mesa redonda sobre *Ley de convertibilidad del austral*. Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, 09/05/91; WAYAR, Ernesto C., *ob. cit.*, ap. 9. Sobre el debate en la Cámara de Diputados, MOISSET de ESPANES, Luis, "La ley de convertibilidad. Su estudio en el Congreso de la Nación" (2a. parte), en *ob. cit.*, 3a. serie, pág. 9, ap. 9.4.

30. VILLEGAS, SCHUJMAN, *ob. cit.*, pág. 157; en pág. 156 destacan que el incumplimiento del deudor de capital e intereses "puede obligar al acreedor a obtener dicha suma total de un prestamista que, indudablemente, le cobrará intereses sobre el total del préstamo". Conf. VITOLO, *ob. cit.*, pág. 68. RICHARD, Efraín Hugo, "Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en las tasas equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste", en MOISSET de ESPANES (coordinador), *ob. cit.*, 1a. serie, pág. 121, ap. 3.4, señala que la admisión del anatocismo adecua a una sociedad en las que son privilegiados "los financiamientos o negocios financieros".

31. El texto del mencionado Proyecto de Código Único de 1987 es: "Se deben intereses sobre intereses: a) Si se ha convenido la acumulación de los intereses al capital. b) Si se ha demandado judicialmente el cobro del capital. La acumulación de los intereses ocurrirá en la fecha de interposición de la demanda. c) En los demás casos previstos por las leyes". La fórmula del Proyecto resulta indudablemente superior a la adoptada por la Ley 23.928, a la cual se le ha asignado "cierta ligereza" (BONFANTI, Mario A., CARTELL, Antonio J., y PINTO, Carlos A., "Ciertas reflexiones acerca de Ley Nº 23.928 de convertibilidad del austral", en E.D., ej. del 21/06/91, pág. 1, ap. V), y una estructura que "es de lamentar" (CASIELLO, "Ley de convertibilidad...", *cit.*, ap. 2.2.2. Por lo pronto, la exigencia para la capitalización de intereses, cuando hay reclamo judicial, de que la deuda sea liquidada, y el juez ordene su pago, es incomprensible en un sistema que la autoriza; antes podía tener justificación en cuanto la idea de la ley era prohibir ese anatocismo o, por lo menos, acotarlo. El art. 569 del Código de Comercio da lugar a la capitalización desde la interposición de la demanda, y tal fue la solución del Proyecto de Código Único. En otro orden de ideas, la intimación de pago de una liquidación puede ser problemática porque, para una opinión, no es viable sino en el proceso de conocimiento pleno (no en el ejecutivo) (MARICONDE, Óscar D., *El régimen jurídico de los intereses*, Córdoba, 1980, pág. 132). El art. 504 del Código Procesal autoriza la intimación de pago del monto liquidado, pero —en el juicio ejecutivo— su art. 561 hace menester la previa traba de embargo; consiguientemente, el deudor no debería intereses capitalizados si no hubiera podido ser embargado (¿!).

32. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Reflexiones en torno a la Ley 23.928 llamada de convertibilidad del austral", en E.D., ej. del 25/04/91, pág. 1, texto y notas 2 y 3; CONDORELLI, *ob. cit.*, ap. 6; v. COMPAGNUCCI de CASO, *ob. cit.*, Nº 7; MOISSET de ESPANES, "La ley de convertibilidad...", *cit.*, en *ob. cit.*, ap. 10.

33. Opinión unánime de los destacados economistas doctores Adolfo STURZENEGGER, Héctor GAMBAROTTA y David EXPOSITO, en mesa redonda del 09/04/91, Universidad Notarial Argentina, *cit.*

operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales".³⁴ Esta tasa sustituye a la del interés *puro*,³⁵ correspondiente a créditos indexados.

Después, el artículo 10 del Decreto Reglamentario 941/91 modificó el criterio de la ley y de su primera reglamentación: dispuso que "en oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1 de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia". Esta norma genera las siguientes reflexiones:

i) La clave es "mantener incólume el contenido económico de la sentencia".³⁶ La captación de la depreciación por la tasa de interés resulta idónea para que, en la ecuación final (capital + intereses), cuando menos subsista intacto el poder adquisitivo del dinero adeudado, y "los alcances de la cosa juzgada de una sentencia que haya dispuesto antes del 1 de abril de 1991 su reajuste ulterior por índices de actualización, quedan respetados a través del régimen de intereses permitido por la normativa vigente en cuanto mantenga incólume el contenido económico de la sentencia".³⁷

ii) El verbo "podrá" denota una investidura que se asigna al juez. No se trata de que fije una tasa de interés adecuada, o no lo haga, a su mero arbitrio.³⁸

iii) Aunque la ley resulte modificada por el decreto reglamentario, éste debe ser bienvenido en tanto sus disposiciones ajustan el sistema a exigencias constitucionales de intangibilidad de la cosa juzgada.³⁹

iv) En todo caso, la solución adecua al artículo 511 del Código Procesal.⁴⁰

e) *Las sentencias referidas a deudas de valor.* Sabemos que el sistema nominalista de la Ley 23.928 no abarca a las obligaciones de valor.

No obstante, si las comprendiera, los intereses podrían servir para liquidar definitivamente el *quid* que constituye su objeto en una medida acorde con lo debido:

El momento de la liquidación en dinero de la deuda de valor dividió las opiniones. El criterio clásico consideró que la deuda quedaba cristalizada al tiempo de la sentencia, sobre cuyo capital, a partir de entonces, se aplicaban intereses.⁴¹ Sin embargo, la tesitura dominan-

34. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, resolución Nº 6 del 10 de abril de 1991; la remisión a la tasa del descuento condice con el art. 565 del Código de Comercio. Conf. REVIRIEGO, José M., "Apostillas laborales a la Ley 23.928 y su Decreto Reglamentario Nº 529/91", en *Zeus*, ej. del 24/05/91, pág. 2.

35. Se trata del expurgado de las *escorias* que se le adicionan, entre ellas "el monto que corresponde al coeficiente de pérdida del valor adquisitivo de la moneda": MOLINARIO, Alberto D., "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas", en E.D., to. 43, pág. 1.155; DURAÑONA y VEDIA, Agustín y QUINTANA TERÁN, Juan C., "La depreciación de la moneda y los intereses", en J.A., to. 7-1970, pág. 340.

36. Conf. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1. Aunque "bajo la denominación engañosa de *interés* habrá en realidad ajuste o, al menos, *recomposición* del capital": VITOLO, *ob. cit.*, pág. 165; Conf. RICHARD, *ob. cit.*, ap. 13; MOISSET de ESPANES, *ob. cit.*, aps. 6.2 y 9.4.

37. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión Nº 2, Rec. IV.

38. La cuestión resulta semejante a la planteada por el art. 658 del Cód. Civ. (texto según Ley 17.711) en materia de cláusula penal: v. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Buenos Aires, 1981, Nº 76, pág. 101; ALTERINI, Atilio Aníbal, "La inmutabilidad relativa de la cláusula penal", en *Revista del Notariado*, año LXXII, Nº 712, Buenos Aires, julio/agosto de 1970, pág. 983, Nº 11.

39. Es el criterio sostenido en ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación...*, *cit.*, Nº 10, pág. 33. Conf. YOUNG, Federico A., "Reflexiones sobre la ley de convertibilidad, nominalismo, desagio y anatocismo", en L.L., to. 1991-C, pág. 1.034, ap. IV.

40. V. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Desindexación...*, *cit.*, Nº 22, pág. 53, donde antes de ser dictado el decreto 941/91 se propuso hacer uso de la citada norma del Cód. Procesal, en cuanto autoriza al juez, en la etapa de liquidación, a adecuar la sentencia "dentro de los límites de ésta".

41. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, to. II, Buenos Aires, 1970, Nº 186, pág. 178.

te entendió que el *valor* debía ser fijado al tiempo del pago.⁴² Es fácil advertir que, para la primera solución, el valor del bien referente es sólo computable hasta el momento de la sentencia, luego de la cual los intereses corrientes se incorporan a la deuda liquidada; en tanto, para la segunda, las variaciones de aquel valor siguen incidiendo posteriormente, hasta la oportunidad en que el deudor satisface al acreedor mediante el pago.

Si se retorna a aquella concepción clásica, el ajuste del "contenido económico" de las sentencias mediante los intereses puede regir también a las que versan sobre obligaciones de valor. Es lo que se ha decidido en materia de deudas laborales, de valor, o sujetas a mecanismos de indexación ahora descalificados.⁴³

7. Tasas positivas. Se entiende por *tasa positiva* del interés a la que excede de la correspondiente a la depreciación monetaria. La paradójica expresión *tasa negativa*, por lo contrario, denota a la que no cubre siquiera a esa depreciación.

Hasta la segunda mitad de la década de los setenta las tasas solieron ser negativas: el Estado, como gobernante de la oferta bancaria de crédito, fijaba tasas inferiores a los niveles de inflación, de manera que el acreedor, que cobraba capital e intereses, no llegaba sin embargo a recuperar una cantidad de moneda equivalente en poder adquisitivo a la que le era

adeudada. Fue por eso que, en atención a que el artículo 622 del Código Civil no fijaba la tasa del interés legal, ni señalaba a los jueces el criterio aplicable en defecto de convención, que se sostuvo que correspondía atenerse a la tasa del interés real en plaza, con independencia de la tasa establecida oficialmente para el sistema bancario.⁴⁴

La situación, en términos generales, aparece revertida, puesto que ahora las tasas de interés corriente en plaza suelen ser positivas. De cualquier manera, el criterio actual es que corresponde aplicar "una tasa positiva, de modo de mantener incólume el contenido económico de la contratación y de la sentencia".⁴⁵

8. Tasas efectivas. Se entiende por intereses a *tasa efectiva* —por oposición a los intereses a *tasa nominal*— a los que, una vez devengados, se suman al capital, para seguir generando intereses sobre el total. Se trata del *interés compuesto*, o del *anatocismo*, en cuanto los intereses devengados son capitalizados para la determinación final de la deuda.

Es cierto que la mezquina redacción del nuevo artículo 623 del Código Civil (según Ley 23.928)⁴⁶ podría erigirse en obstáculo para esa capitalización. No obstante, aun con el texto del Código Civil, se llegó a admitir la capitalización de intereses desde la liquidación, sin necesidad de la específica intimación de pago que requiere;⁴⁷ y, por lo demás, se entien-

42. LEZANA, Julio I., "El momento de la apreciación del daño y los intereses", en J.A., to. 1952-III, pág. 10, sec. doc.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Indexación de deudas de dinero", en L.L., to. 1975-D, pág. 591; MORELLO, Augusto M., "Revisión del daño resarcible y revalorización del monto de la condena", en J.A., to. 27-1975, pág. 480; CARRANZA, Jorge A., "En materia de intereses se hace camino al andar", en J.A., to. 1976-II, pág. 74; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Intereses y obligación alimentaria", en J.A., to. 1976-III, pág. 646, Nº IV; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2a. ed., La Plata, 1978, pág. 187; CSJN, 19/05/87, "Borra v. Castro"; 23/05/89, "Alancay v. Romeo". Conf. para deudas laborales: art. 276, Ley 20.744 (según Ley 21.297); deudas previsionales: art. 1, Ley 21.235; deudas fiscales: art. 1, Ley 21.281; saldos impagos en las quiebras: arts. 1 y 2, Ley 21.488; honorarios de abogados y procuradores: arts. 22 y 67, Ley 21.839.

43. V. *supra*, Nº 5-d, texto y nota 34.

44. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, 1a. ed., Buenos Aires, 1970, Nº 380, pág. 294; LÓPEZ CABANA, ob. cit., ap. VII-A, 2 y fallos que cita; RAMÍREZ, Jorge Orlando, "Depreciación de la moneda. Tasa de interés variable para superar la distinción deudas de valor-deudas de dinero", en J.A., to. Doctrina 1974, pág. 362, aps. III y IV; BARBERO, Omar U., "Desvalorización de la moneda. Deudas dinerarias. Intereses", en J.A., to. 29-1975, pág. 268, aps. II y III, y fallos que cita en nota 3.

45. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1.

46. V. *supra*, Nº 5-c.

47. Cám. Nac. Com., Sala E, L.L., 1988-C-56.

de que "las llamadas tasas efectivas" coinciden con la requerida inalterabilidad del contenido económico de la relación obligacional.⁴⁸

9. Tasas pasivas y activas. Es primordial no perder de vista que los intereses sirven tanto para reajustar el capital como para resarcir al acreedor (arts. 508 y 622, Cód. Civ.).⁴⁹ La tasa *pasiva* (la que paga un banco al ahorrista) se vincula con el lucro cesante del acreedor insatisfecho, la *activa* (la que cobra un banco al tomador de crédito), con su daño emergente; los intereses pueden representar la reparación de uno o de otro,⁵⁰ pero la tasa *activa*, que se relaciona con el *costo del dinero*, resulta más adecuada al daño emergente sufrido por el acreedor cuando, a raíz del incumplimiento de su deudor, se vio precisado a obtener en préstamo lo que se le debía.⁵¹ Sin embargo el artículo 10 del Decreto Reglamentario 941/91 se remite a "la tasa de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer se aplique a los fines previstos en el artículo 622 del Código Civil".⁵²

En otro orden de ideas, la tasa del *descuento*, que asume el artículo 565 del Código de Comercio para el contrato de mutuo mercantil, suele no ser representativa del costo del dinero en plaza.⁵³

10. Abogados y jueces. Se proclama que "la respuesta de los operadores jurídicos, en la hora actual, debe armonizar lo jurídico con lo económico".⁵⁴ Pero, en situaciones críticas como las reiteradas emergencias padecidas, la economía ha ido llevando por delante al Derecho. Ahora, y nuevamente, las exigencias perentorias de estabilidad monetaria han conmovido esencias del sistema jurídico.

En los varios encuentros de juristas que se han expedido sobre el nuevo sistema en el breve lapso de su vigencia, la estabilidad ha sido un objetivo común, por lo cual, como criterio de fondo, se estima que el ajuste mediante el interés "debe ser aplicado, tanto por las partes cuanto por los jueces, con la indispensable cuota de razonabilidad", a fin de evitar que "se convierta en un factor distorsionante dentro del marco legal que procura alcanzar la estabilidad económica y financiera".⁵⁵ Otros conceptos están en decantación: se expresa preocupación porque la tasa aplicada "no supere con exceso la tasa pasiva promedio del Banco Central";⁵⁶ con respecto a la tasa variable, se sugiere que "debe estar relacionada con la operatoria de la moneda del contrato",⁵⁷ y que su "límite se encuentra en la jurisprudencia tradicional respecto de las tasas usurarias".⁵⁸

48. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1.

49. Sobre las diferencias entre *reajuste* e *indemnización*, v. CSJN, 08/04/86, "Feldman v. Cía. Inmobiliaria Metropolitana Interior", y Cám. Nac. Civil, Sala C, L.L., 1976-B-290. V. *supra*, Nº 5-d, texto y nota 36.

50. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, *cit.*, Nº 368, pág. 285.

51. Cám. Nac. Com., Sala E, L.L., 1988-C-157; 1988 D-506; PÉREZ CROCCO, Carlos A., "La tasa de interés y la Ley 23.928", en MOISSET de ESPANES (coordinador), *ob. cit.*, 2a. serie, pág. 143, ap. 3.4.

52. Ha sido advertido, sin embargo, que "la tasa pasiva está por debajo de la pauta inflacionaria", y que, en todo caso, mediante ella "el deudor, incumplidor y moroso, se estaría deshaciendo de la obligación al costo más bajo": WILDE, Zulema, *Los intereses judiciales en las obligaciones dinerarias*, ponencia para las "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*

53. "El llamado 'interés de plaza' no debe confundirse con la tasa bancaria de descuento ordinario": BRIZZIO, Claudia R., *La ley de convertibilidad y las sentencias firmes*, ponencia para las "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*

54. "IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", San Juan, 1989, Comisión Nº 4, Rec. 3.

55. "1as. Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico", *cits.*, Declaración V.

56. "XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", *cit.*, tema II, Rec. IV.

57. "XXVIII Jornada Notarial Bonaerense", *cit.*, tema II, Rec. IV.

58. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-2. A tal fin es suficiente "realizar los cálculos necesarios y ponderar las condiciones del mercado": YOUNG, *ob. cit.*, ap. XII.

En todo caso, queda claro que corresponde aplicar una tasa *positiva*, y que generalmente será adecuado el empleo de la tasa *efectiva* y no de la nominal.⁵⁹ Las normas legales no dan una directiva unívoca: el artículo 10 del Decreto 959/91 capta la tasa efectiva,⁶⁰ pero también se atiende a una tasa fija del 12% anual para operaciones del sistema financiero y para títulos públicos.

En fin. Para dar soluciones adecuadas en tiempos críticos son menester "jueces enérgicos y conscientes de su responsabilidad",⁶¹ y concierne a ésta asumir que "todas las fórmulas sólo son líneas directrices generales y no deben aplicarse esquemáticamente, sino sólo teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto".⁶²

Pero, para que el juez esté en situación de dictar una resolución justa, la pretensión adquiere relevancia especial, y el rol del abogado toma singular protagonismo. Va de suyo que, sin pretensión, la respuesta judicial adolece la falta de una propuesta que induzca su sentido, por lo cual es menester que sean formulados

los razonamientos suficientes: por ejemplo, seguramente el juez aplicará la tasa pasiva promedio a que se refiere el mencionado artículo 10 del Decreto 941/91, a menos que se lo convenza de que es inadecuada.

Para ello es preciso que el abogado provea "información técnica suficiente",⁶³ a fin de que —por la vía de los intereses— el acreedor obtenga el ajuste del capital y el resarcimiento a que tenga derecho. La incolumidad del poder adquisitivo de la prestación, conforme a sostenida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, involucra a la noción esencial de justicia,⁶⁴ se vincula con "criterios económicos objetivos de ponderación de la realidad",⁶⁵ y no queda confinada a la mera "alusión al prudente criterio judicial" en tanto "la discrecionalidad pueda convertirse en arbitrariedad".⁶⁶

La tarea del abogado, naturalmente, debe ser ejercida en el caso, y en concreto. Las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas.

59. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1. V. *supra*, Nº 7.

60. Conc. Comunicaciones "A" 1827 y "A" 1828 del Banco Central de la República Argentina, del 25/04/91, y sus referencias a la tasa efectiva de los depósitos en caja de ahorro común.

61. HEDEMANN, J.W., *Derecho de Obligaciones*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 151. Además es preciso que asuman "en conciencia la realidad económica": SALERNO, Marcelo Urbano, "Consideraciones sobre la reforma monetaria", en L.L., to. 1991-C, pág. 970, ap. III-1.

62. ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Henrich, *Derecho de Obligaciones*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, vol. I, Barcelona, 1954, pág. 213.

63. "1as. Jornadas Sudatlánticas", *cits.*, Comisión Nº 2, Rec. III-1.

64. CSJN, L.L., 1976-C-72; 1976-D-241; "Fallos" 301:580; 302:1345.

65. CSJN, L.L., 1985-C-777, Nº 8.

66. CSJN, L.L., 1985-C-733, Nº 1748; 1985-C-734, Nos. 1749/50; 1985-D-669/670, Nos. 338/339.