

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de La Plata

28 al 30 de septiembre de 2017

Víctor F. Liberman¹

Resumen:

El anatocismo, la capitalización de intereses, no es una entidad de la responsabilidad civil y, por lo tanto, las limitaciones del art. 623 del Código Civil y art. 770 del Código Civil y Comercial no son aplicables a la indemnización por deuda derivada de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

La prohibición o el régimen limitante del anatocismo son, por definición, extraños al Derecho de daños. O, si se quiere, a la responsabilidad civil. Al deber resarcitorio de daños derivados de infracción al ‘neminem laedere’, sea de fuente contractual o extracontractual.

Ese sistema del antiguo art. 623 del Código Civil ley 340 es ajeno a la RC porque hace al “control” jurisdiccional o limitación de cláusulas contractuales de capitalización de intereses. Y en materia de RC por ilícitos, el acreedor no pacta ni establece tasas de interés ni cláusulas de capitalización. Son los jueces, llamados por el acreedor, quienes establecen el modo de resarcir dinerariamente la demora que existe entre el nacimiento (o el reconocimiento) del crédito, su determinación y pago.

En algunas parcelas del Derecho privado se sigue legislando o pensando (al hacer la interpretación de la ley) como en el siglo XIX. Sin embargo, hace mucho tiempo que han cambiado los paradigmas. Ya es lugar común señalar que el sistema moderno de responsabilidad civil se asienta en la premisa teleológica de ser un instrumento de reparación. Y que la función esencial de la responsabilidad en su técnica tradicional no es el castigo de los actos injustos, sino la indemnización de los daños injustos (Bustamante Alsina, Jorge, L.L. 142-980, citando a Starck, Savatier y Ripert). Coincidentemente ha dicho Bueres, al iniciar la primera edición de su “Responsabilidad civil de las clínicas...”, pág. 17, que adhiere a la tendencia que concibe la responsabilidad civil como un fenómeno

¹ Abogado (UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor en cursos de grado y posgrado.-

resarcitorio unitario, centrado primordialmente en el daño causado injustamente (ver la cita de López Olaciregui en: Bustamante Alsina, Jorge: “Teoría general de la responsabilidad civil”, 6ª ed. act., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 91, nota 102 al N° 179).

Y esa parece ser la tendencia del Código Civil y Comercial. Basta leer los arts. 1716 y 1737.

Sin embargo en el nuevo código aparecen algunas inconsistencias.

El Código Civil ley 340 era, en esta materia, un largo compendio del Derecho de obligaciones, y legislaba relativamente poco en cuanto a la responsabilidad civil. Mucho se veía sobre la regla moral de la palabra empeñada; la génesis, la tipología, el cumplimiento de las obligaciones, sus vicisitudes y las consecuencias de su incumplimiento; en fin, la extinción de las obligaciones. Los daños extracontractuales estaban confinados a los perjuicios derivados de delitos y cuasidelitos, con esa fuerte impronta de antijuridicidad formal y castigo del autor del daño injustamente causado.

Cierto es que en el siglo XIX no había tantas posibilidades de causar daños sin culpa o dolo, o de ser responsabilizado sin culpa o dolo. Y, además, el sello filosófico y político de los cuerpos normativos influidos por el Código Civil francés mostraba un claro interés en la protección del capital y el patrimonio, muy por encima de la protección de la persona.

Las cosas fueron cambiando. Y la ley 17.711 receptó buena parte de las críticas que se hacían a un código que había envejecido. Sin embargo poco y nada se tocó (apenas retoques) en materia de intereses. Salvo posteriormente, con motivo de cambios más bien económicos y monetarios circunstanciales (por ejemplo, la ley 23.928 y siguientes).

Quedó en el camino, en lo que nos toca, la ley 24.032 vetada, el Proyecto de unificación de 1987, que sin hacer un giro copernicano, invertía los términos: como principio el anatocismo estaba permitido. Es llamativo que con el Código Civil y Comercial se haya mantenido como principio la prohibición. Claro es que en materia comercial y bancaria la capitalización es y fue desde siempre permitida, sin perjuicio de la posible morigeración por los tribunales. Qué contrasentido, no?

¿Por qué no es aplicable a la responsabilidad civil?

Si leemos los arts. 616 a 624, y las notas de Vélez Sarsfield, del Código Civil nada vemos que pueda referir a las consecuencias de la infracción al deber genérico de no dañar. Es más, si empezamos por el art. 495 notamos que este más que importante capítulo del Derecho civil (incluyendo el genial art. 512, por dar un ejemplo) es y fue aplicable –diría- por mera analogía. Porque dentro de las obligaciones (o de una de sus fuentes, la obligación de no hacer del 495 y los ilícitos del art. 499) cabía la reparación de daños.

Lo mismo ocurre con los arts. 765 a 771 del CCyC. Dejo de lado el 772 que, debido a la distinción (ahora receptada normativamente) entre deudas de dinero y de valor, pretende zanjar problemas sobre la “cristalización” o no de las segundas.

De modo que este aporte cuestionador se sitúa en el punto de vista de la reparación de daños (hoy tan importante) y no en el del estudioso de las obligaciones civiles y comerciales en general. Reparación que debe ser plena o integral, según miremos la ley en el CCyC o en el Código Civil ley 17.711.

Va esta anotación porque la aplicación inapropiada del viejo art. 623 y el actual art. 770 puede dar lugar a enormes injusticias y a una brutal licuación de créditos emergente de sentencias judiciales firmes.

Sigo en adelante con la cita más o menos textual de un voto en disidencia de mi autoría en autos “O, R.B. c. Telearte” de junio de 2016, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala L.

Con una cita de Alfredo Orgaz comencé por destacar la importancia práctica del modo en que se practica una liquidación de capital e intereses. “La liquidación de los daños debidos por el responsable al damnificado tiene, en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, un interés indudable, ya que, según la mayor o menor atención que se ponga en ella, se satisfará cumplidamente o no el fin primordial que persigue toda reparación: poner al damnificado lo más exactamente posible dentro de las normas de la ley, en la situación patrimonial en la que se habría hallado verosímilmente si se hubiese cumplido correctamente el contrato o no hubiese sucedido el acto ilícito.

“En la vida habitual de nuestros tribunales, empero, suele mirarse este asunto de la liquidación de los daños como algo de interés teórico muy escaso; como una cuestión ajena a las preocupaciones de la doctrina y de natural incumbencia sólo de los prácticos, a veces de los empleados del tribunal encargados de formular la planilla de capital, intereses y costas del juicio respectivo. Las partes mismas concentran generalmente su atención a los aspectos más importantes del capital del resarcimiento, y descuidan otros a menudo de real importancia económica, como es el relativo al curso de los intereses” (Orgaz, Alfredo, “Los intereses en los daños y perjuicios”, L.L. 69-761; RCyS. 2009-VII, pág. 187; AR/DOC/2423/2009).

El acreedor involuntario que tiene que transitar largos procesos judiciales para obtener una indemnización de daños no es un prestamista. El anatocismo disfuncional con el Derecho nada tiene que ver con la liquidación de deuda accesoria a un capital debido por responsabilidad civil extracontractual o contractual. Y menos aún, porque son los jueces quienes establecen la cuantía de ese capital y los intereses.

El “Anatocismo (hasta la palabra es vieja)”, al decir de Guillermo Julio Borda (L.L. 1992-B, 1021) tenía que ver con economías anteriores al capitalismo, a la

operatoria bancaria moderna y no con juicios de daños y perjuicios; es un anacronismo (ver, entre muchos: Barbier, Eduardo Antonio, “Ley de convertibilidad y el anatocismo o anacronismo”, J.A. 1993-III-841).

Con la regla del art. 623 antes y el 770 ahora, el legislador –la sociedad a la que representa- quiere evitar esa usura, no la mera capitalización aparente de los intereses. Lo que la ley prohíbe, ha dicho la Corte Suprema en otra integración, es la capitalización de intereses futuros, para evitar el riesgo de la usura o el abuso del acreedor frente al deudor necesitado en el momento de concertar la operación (CSJN, 2-3-82, “Vianini c. OSN”).

Es francamente (y negativamente) llamativo entonces lo resuelto por el máximo tribunal nacional en autos “Aranda, Elena Margarita c. Ferreyra...” (CSJN, 20-12-2016; L.L. 2017-A, 241; Rev. CCyC marzo 2017, 131 AR/JUR/85235/2016), con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal. Es que, dentro del trámite de ejecución de un proceso que llevaba ya 25 años de trámite, se vedó la posibilidad de agregar los intereses anteriores a la sentencia firme en un juicio de daños (intereses generados entre el 9 de mayo de 1989 y el 12 de junio de 2008, más de \$500.000 en ese entonces) a la cuenta de intereses posteriores.

El sencillo argumento de la Procuración, con cita de Fallos: 326:4567, fue que “la capitalización de accesorios sólo procede –en los casos judiciales- cuando liquidada la deuda el juez mandase pagar la suma resultante y el deudor fuese moroso en hacerlo”. (...). Sólo recién al ser intimado, el deudor intimado infructuosamente caería en mora y de allí que deba intereses sobre el monto total de la liquidación impaga (arts. 623 del Código Civil y 770, inc. c, del Código Civil y Comercial).

Pizarro ha comentado que esa resolución hace una interpretación teñida de un excesivo formalismo (Pizarro, Ramón D., “Los intereses en el Código Civil y Comercial”, cap. XIII; L.L. 31-7-2017, AR/DOC/1878/201), en la que, por lo demás, como señala en nota 100, el vocablo “mora” en el art. 770 es cuando menos equívoco, porque el deudor condenado por sentencia firme ya está en mora.

Es un claro ejemplo de la repetición dogmática y aplicación mecánica de una norma que está para otras cosas, y que resulta en una clara confiscación de una menguada indemnización.

La Corte Suprema no pensó en asimilar la interpretación flexible que han efectuado numerosos tribunales y doctrina de valía, aún dentro de los cánones clásicos que enmarcan en los art. 623 y 770 los supuestos de reparación de daños (ver “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tratado exegético”, dir. gral. Jorge H. Alterini, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, pág. 229 y sig. #8).

Es uno de esos casos en que la prohibición de capitalización de intereses resulta en una expoliación al acreedor (Palacio, Lino Alberto, L.L. 1989-B, 786).

¿Por qué se limita o prohíbe la capitalización?

El art. 623 (art. 770, CCyC) es una norma de orden público, aunque bastante atenuado con el correr de los tiempos y reformas legales, que se entiende por la prevención

tradicional contra los pactos de capitalización de intereses, una de las formas más simples y frecuentes de usura (ver: Llambías, Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, 5ª. ed., Abeledo – Perrot, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, T. II-A, pág. 236, N° 930; Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, 8ª. edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998, tomo I, pág. 338, núm. 494; Cazeaux, en Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., “Derecho de las obligaciones, 2ª. edición, Librería Editora Platense, La Plata, 1979, tomo 1, pág. 831/2; Ameal, Oscar José, en “Código Civil y leyes complementarias. Comentado...”, dir. Belluscio, coord. Zannoni; ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 3, pág. 132 y sig.; Casiello, Juan José, en “Código Civil... Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dir. Bueres, coord. Highton, ed. Hammurabi, t. 2A, pág. 486 y sig.; Villegas, Carlos Gilberto y Schujman, Mario S., “Intereses y tasas”, ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 150 y sig.; Silvestre, Norma O., dir., “Obligaciones”, 1ª. ed., La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 592).

O sea que no hay “anatocismo” en el modo en que se liquida una deuda con condena judicial al pago de intereses. Incluso, en relación al art. 623 y las deudas judiciales, Atilio Alterini ha calificado de incomprensible la exigencia de que, en tales reclamos, la deuda sea liquidada y que el juez ordene su pago para que proceda la capitalización de intereses (citado por Barbier, J.A. 1993-III-846). Es incomprensible, salvo esa pertinaz costumbre argentina de premiar al incumplidor y al moroso, porque en realidad al vedar la capitalización se permite al deudor licuar la deuda.

Villegas y Schujman afirman, en el mismo carril que compartimos, que hoy es retrógrado calificar al anatocismo de un principio de orden público y que afecta la moral y las buenas costumbres. “En verdad, ahora resulta que su prohibición es una regla ‘inmoral’ en el sentido de que induce un comportamiento social disvalioso”. En economías inflacionarias, la prohibición de capitalizar intereses implica una lesión adicional a los derechos del acreedor y un premio al deudor moroso o incumplidor (Villegas y Schujman, op. cit., pág. 156 y 157).

Estas particularidades se dan especialmente cuando se modifica la tasa de interés, como ocurrió con la ley 23.928, la “convertibilidad”, y las condenas al pago de intereses a tasas “puras” durante el tramo temporal hasta el 31 de marzo de 1991, mutando a tasas bancarias con posterioridad hasta el pago. Es lo que ocurrió en “O. c. Telearte” porque la Sala en otra integración condenaba al pago de capital “actualizado” más intereses a tasa del 8% anual hasta la sentencia, y en adelante a tasa activa. Y, por recurso ante la Corte Suprema, la ejecución demoró varios años.

El cálculo del acreedor, que capitaliza los intereses a tasa “pura” para después liquidar intereses sobre ese subtotal a tasa activa, es ajustado a los parámetros de la sentencia; y esto es así aunque ésta no lo exprese. Si se hace una cuenta de intereses al 8%

hasta la sentencia y otra desde ese momento a tasa activa pero sólo sobre capital puro, sobre un importante capital (en el caso eran \$150.000), \$92.445 quedaban cristalizados e improductivos desde el 8 de marzo de 2010 por más de seis años y hasta que el deudor quisiese pagar), perdiendo valor adquisitivo por la inflación reinante.

Esto significa negar en los hechos la tan mentada reparación plena en materia de resarcimiento de daños. Es confiscar parte muy importante del crédito del dañado. Y sin otra causa que la aplicación errada de un dispositivo del Código Civil (ahora del CCyC, art. 770) diseñado para otra cosa, para una deuda contractual, generalmente un préstamo de dinero. Señalé y reitero que en materia de préstamos de dinero están mejor posicionados ante la ley –cuándo no- los prestamistas y los acreedores institucionales, bancos y entidades financieras. A ellos sí los protege la ley. Para ellos, del algún modo u otro, la capitalización siempre fue permitida. Al acreedor de una reparación de daños se lo daña con interpretaciones anacrónicas y que no guardan armonía con la razón de ser de un instituto jurídico.

Un poco de historia explica esta propuesta disruptiva.

Busso decía que los intereses en la indemnización de daños en actos ilícitos tiene la peculiaridad de que están dirigidos a “asegurar al acreedor la reparación integral a que tiene derecho evitándole el mayor perjuicio que pudiera significarle la demora en obtenerla” (Busso, Eduardo B., “Código Civil Anotado”, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1951, tomo IV, pág. 321, nota 246, y pág. 322, nota 255). Y, en orden al régimen legal del anatocismo, comenzaba señalando que para que se configure, la capitalización debe tener lugar directamente entre acreedor y deudor (op. cit., pág. 324, nota 2). Así, “la verdadera causa de la proscripción de anatocismo –al menos en derecho moderno, en que la prohibición es relativa- debe buscarse en el riesgo de que constituya en manos de los acreedores un medio para sorprender a los deudores o para extorsionarlos con anterioridad a la entrega del dinero” (op. cit., pág. 325, nota 12; conf. Pizarro, R.D., y Vallespinos, C.G.: “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 1, pág. 431).

En sus “Concordancias”, Varela señalaba que el artículo 623 está tomado del 1652 del Proyecto de Goyena (Varela, Luis V., “Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino”, H. y. M. Varela Editores, Buenos Aires, 1874, tomo IX, pág. 356). Pero éste disponía que “[N]o puede *pactarse* intereses sobre intereses”; y la norma proyectada por Vélez y receptada en la ley 340 preveía que “no se *deben* intereses de los intereses, sino por obligación posterior...”; o, conforme ley 23.928, “sino por convención expresa”. También así principia el art. 770 del CCyC engarzado con el inciso primero. Nuevamente parece claro que lo que procuran estas normas es evitar la usura “por el fundado temor del abuso que especuladores impíos harían de él (el artículo 623) para arruinar completamente á deudores abrumados” (Varela, op. cit., pág. 357).

Y si bien Vélez no tomó a la letra el art. 1652 del Proyecto de Código para España, es claro que refiere a intereses pactados si se repara no sólo en las excepciones del art. 623 sino también a su inserción en el articulado, consistente con todo lo que normaba el Código Civil desde el art. 616 en adelante. El art. 623 ley 340 hemos visto que disponía que “[N]o se deben intereses de los intereses, sino por obligación posterior, *convenida* entre acreedor y deudor...”. Y según ley 23.928 no se deben... sino por *convención* expresa...”.

Comentando Machado cuál debe ser el espíritu de los códigos, que, “para ser buenos y eficaces deben traducir las necesidades de la sociedad donde deben regir”, comentaba que “[E]ntre nosotros todos los bancos capitalizan trimestralmente los intereses y nadie se opone” y, debatiendo con Llerena, terminaba afirmando que “decir que hay inmoralidad en este proceder... es no tener idea cabal de lo que es la moralidad” (Machado, José Olegario, “El Código Civil Argentino interpretado por los Tribunales de la República”; Félix Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1903, tomo I, pág. 366/7 en nota al pie 241).

Más modernamente, a Estévez Brasa le parece indudable que el legislador pretendió limitar la usura; y que es casi humorístico hablar de usura o duplicación de la usura. Entonces, si una deuda se integra con capital e interés, ambos elementos forman un monto único que configura la deuda a cancelar. “Es comprensible que si dichos importes hubieran sido oblatos en tiempo oportuno, hubieran integrado ‘in totum’ –capital e intereses- el patrimonio del deudor y, tales cantidades, el acreedor satisfecho hubiera podido redituirlas a la vez como producto de eventuales inversiones. Al ser privado de esa posibilidad por el incumplimiento de su deudor, no se advertiría justicia en la decisión de desdoblar la deuda, ya que es la totalidad de la misma la que él debió percibir en tiempo y no sólo el importe correspondiente al capital” (Estévez Brasa, Teresa M., “Los riesgos del anatocismo”, L.L. 1976-D, 899/900; conf., en lo pertinente, Raffo Benegas, en Llambías, “Tratado...”, cit., tomo II-A, pág. 242, nota 130).

Desde un marco más económico teórico, Cammisa explica que la razón de la capitalización “es muy sencilla, los intereses se capitalizan y generan nuevos intereses, porque en un momento determinado, se entiende que el acreedor debió reencontrarse con el capital más los intereses adeudados, lo que le permitiría obtener nuevos réditos de toda esa suma.” (...) “Desde la rama financiera, se considera que el interés debe contener necesariamente una capitalización periódica” (Cammisa, Augusto G., “Intereses Moratorios Judiciales”, ed. Advocatus, Córdoba, 2005, pág. 189)

Es para mi indudable que el anterior art. 623 del Código Civil y el actual art. 770 del CCyC están referidos únicamente al pacto de intereses, a la convención potencialmente dañosa de capitalización. No son aplicables, como dijera antes, al modo de

cálculo de intereses establecidos en una sentencia de condena a reparar daños extracontractuales.

Llegamos así a la normativa vigente. Compagnucci de Caso, en relación al art. 770, expresa que “[S]e vincula con lo dispuesto en el art. 623 del Cód. Civil que refiere al “anatocismo” o al *convenio de pago* de intereses...” (Compagnucci de Caso, Rubén H., en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, dir. Rivera – Medina, coord. Esper, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2014, tomo III, pág. 99). Seguimos, como se ve, en la órbita de lo convencional.

No me es indiferente la injusticia de la aplicación mecánica de una norma prevista para otra situación, en el marco de deudas contractuales, evitando o queriendo evitar el posible aprovechamiento de los prestamistas. (Pero que exceptúa a los prestamistas institucionales). “Se castiga al acreedor si se convierte en no fructífera a la cantidad acumulada por los intereses impagos, pues este procedimiento sería razonable en caso de que el acreedor pudiera disponer de sus réditos y obtener de ellos nuevas rentas.” (CNCom., Sala E, citada por Curá en L.L. 1989-E, 65. En realidad en ese momento se discutía la capitalización de modo que la referencia de los tribunales a tasas bancarias se trasladase también a la liquidación que éstos efectúan). Nótese la sintonía de estas consideraciones con las de la entonces juez de la Cámara Nacional en lo Civil, Teresa Estévez Brasa.

Concluyo con un preciso y atinado señalamiento de Covi. “El interés del dinero es su fruto civil y también la forma de reparar el daño en las obligaciones dinerarias. La facultad de establecerlo puede quedar en manos de los contratantes, de la ley, o de los jueces.” Y termina, llevando a Goldschmidt y Ciuro Caldani. “Si los jueces no se sienten afines con la ciencia económica, si consideran que el Derecho puede vivir separado de ella y piensan que las decisiones judiciales no influyen en el mercado, al menos podemos requerirles que consideren, como sostenía Goldschmidt, la *dimensión sociológica* del mundo jurídico, y desde ese marco asuman su papel de *repartidores*. Recientemente ha recordado Ciuro Caldani “el desempeño judicial es una pieza del orden o el desorden de los repartos, y el juez ha de tener clara conciencia de ello. Los repartos de la estrategia judicial integran un orden y pueden y debe ordenarse con las estrategias de las partes y de los otros integrantes de la sociedad. Una estrategia no apropiada puede desencadenar en anarquía o arbitrariedad. Seguramente todos deseamos un resultado distinto” (Covi, Luis Daniel, “Clases de intereses. Su razones jurídicas y económicas”, en “Intereses”, un Suplemento Especial de la revista La Ley, julio de 2004, pág. 24).

En obra que intentara poner claridad en el remolino, en el huracán, que provocara la ley 23.928 y las decisiones judiciales que la siguieran, y titulando el capítulo “Algunas diferencias entre un juez y un ministro de economía”, Barbero impugna la simple remisión que se hacía por algunos jueces a la “realidad económica”. Y, citando a Ihering, dice que “entender cuál es la función del interés en la economía, comprender que no es sólo

un artificio, es importante para el jurista, para el abogado y para el juez” (Barbero, Ariel Emilio, “Intereses monetarios”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1ª. ed., 1ª. reimpresión, 2000, pág. 52).

En fin, es oportuno hacer una revisión de este instituto. Esto lo ha propugnado mucha e importante doctrina. O, como decía López Cabana, merece un “mirada distinta” (citado por Covi, op. cit., pág. 21).

Propuesta de ‘lege lata’:

Se puede interpretar que la prohibición o limitación de capitalización de intereses de los arts. 623 del Código Civil y 770 del Código Civil y Comercial no es aplicable a las deudas emergentes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

De ‘lege ferenda’:

Sería positivo revisar íntegramente el art. 770 del Código Civil y Comercial permitiendo, como regla, la capitalización de intereses o anatocismo, sin perjuicio de la facultad judicial de control.

Con o sin revisión íntegra del art. 770, sería conveniente aclarar legislativamente que lo allí dispuesto no es aplicable a las deudas emergentes de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.