

En Mendoza, a veintiocho días del mes de Mayo del año dos mil nueve, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 93.319, caratulada: "AGUIRRE HUMBERTO POR SÍ Y POR SU HIJO MENOR EN J. 146.708/39.618 AGUIRRE HUMBERTO C/OSEP P/EJEC. SENTENCIA S/ INC. CAS."

Conforme lo decretado a fs. 96 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI; segundo: DR. FERNANDO ROMANO; tercero: DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE; cuarto: DR. HERMAN SALVINI; quinto: DR. PEDRO LLORENTE; sexto: DR. CARLOS BÖHM; séptimo: DR. JORGE NANCLARES.

A fs. 91 este Tribunal convocó a Tribunal Plenario a los efectos de "verificar los resultados de los plenarios relacionados a la constitucionalidad o no de las leyes provinciales y que regulan intereses y tasas aplicables".

1. Los plenarios de esta Corte sujetos a verificación.

1.1. Individualización:

En sentencia del 12/9/2005, dictada en el expediente "Amaya" (LS 356-50, publicada en La Ley Gran Cuyo Voces jurídicas 2005-912, Foro de Cuyo 67-71; J. de Mza. 69-153 y Actualidad Jurídica de Mendoza 2005-1491) el tribunal debía responder a las siguientes cuestiones:

"¿Es constitucional o inconstitucional la Ley 7198 y la modificación introducida por la Ley 7358? Si es constitucional ¿Cómo debe ser interpretada y aplicada?".

1.2. Los textos cuya constitucionalidad se discutía.

Los textos en debate eran (y también son en esta oportunidad), los artículos de la Ley 7198 sancionada el 30/3/2004, modificada por la Ley 7358, que disponen:

Art. 1: A partir de la publicación de la presente ley, la tasa de interés, cuando no exista convenio entre las partes, será igual a la tasa anual que pague el Banco de la Nación Argentina a los inversores, por los depósitos a plazo fijo, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

Art. 3: La tasa legal indicada en los artículos precedentes se aplicará siempre y cuando no exista una disposición especial ya sea de orden nacional o provincial que regule la tasa aplicable para el principal, la que también será de aplicación para los accesorios.

Art. 4: La tasa legal que resulte de la presente ley se aplicará a partir de la fecha de su publicación.

Aclárase el art. 4 en el sentido que la fecha de la publicación en el Boletín Oficial de la provincia marca el comienzo de la vigencia de este cuerpo legal, mientras que la tasa legal de interés debe aplicarse en el modo dispuesto en el art. 1 de la mencionada ley.

Art. 5: Derogado

Art. 6: Las restantes costas judiciales, incluidos los honorarios profesionales deberán respetar los parámetros precedentes y no podrán desprenderse del objeto principal del litigio y, en consecuencia, su actualización, intereses y demás accesorios que se deriven de los honorarios profesionales, quedarán subordinados a las disposiciones legales y al criterio sustentado en la resolución del proceso principal.-

Art. 7: La Ley 4087 mantendrá su vigencia en tanto se aplique a situaciones no previstas por la presente norma.

Art. 8: Derógase la Ley 3939 y otra disposición que se oponga a la presente.

### 1.3. Respuesta del tribunal en pleno.-

A los interrogantes antes referidos, el tribunal respondió:

1. La tasa pasiva prevista en la Ley 7198, aplicada a obligaciones reclamadas judicialmente cuando no existe disposición normativa (convencional o legal) no es inconstitucional en abstracto. No obstante, el acreedor tiene derecho a ser compensado del mayor daño sufrido si acredita la lesión manifiesta a su derecho de propiedad en razón de la insuficiencia de esa tasa para indemnizar el daño moratorio producido dado el destino específico que las sumas debidas tenían conforme la naturaleza de la obligación reclamada judicialmente.

2. La aplicación de la Ley 7358 a períodos anteriores al momento de su entrada en vigencia es inconstitucional. La tasa pasiva promedio que cobra el Banco de la Nación debe aplicarse a los períodos posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 7198 (26/4/2004).

### 1.4. Preguntas a las que se debía dar respuesta.-

Para solucionar la primera de las dos cuestiones antes transcriptas, se entendió necesario dar respuesta a dos preguntas:

(a) ¿Está la provincia de Mendoza constitucionalmente habilitada a dictar una ley que fije la tasa de interés de las obligaciones sometidas a litigio ante los tribunales provinciales para todos aquellos casos en los que no existe convención de parte, ni disposición legal nacional que la regule?

(b) Si la respuesta es afirmativa, ¿es inconstitucional que establezca la tasa que paga el Banco de la Nación Argentina a sus inversores a plazo fijo (es decir, la tasa pasiva)?

Se aclaró que, conforme estas preguntas, el plenario no estaba convocado para decidir en torno a las facultades judiciales para establecer la tasa de interés a través de pronunciamientos plenarios, sino sobre las atribuciones del legislador provincial y el control constitucional por parte de esta Corte del resultado del ejercicio de esa atribución (arts. 149 y 150 del Código Procesal Civil).

### 1.5. La facultad de la legislatura provincial para fijar la tasa de interés.

El plenario del 12/9/2005 recordó numerosos precedentes en los que esta Suprema Corte convalidó constitucionalmente la facultad legislativa de fijar la tasa de interés en obligaciones ejecutadas en procesos que tramitan en el ámbito provincial, siempre que no vulnere leyes nacionales ni ataque el ejercicio regular de la autonomía de la voluntad.

Esta posición tuvo en miras la necesidad de armonizar soluciones, pues se trata de una materia en la que, como regla, es bueno que el litigante sepa a qué atenerse; debe evitarse, dentro de lo posible, la llamada "lotería judicial" y no hay dudas que una ley que determina la tasa favorece esa finalidad y procura seguridad jurídica.

La decisión plenaria reiteró esa facultad provincial, y específicamente respecto de la Ley 7198, modificada por la Ley 7358, se argumentó:

(a) La regla legal aclara expresamente que su ámbito de aplicación está limitado a aquellos supuestos en que no existe tasa determinada por otra normativa.

Esa normativa puede ser de origen legal, o convencional (con fundamento en la autonomía de la voluntad, arts. 1137 y 622 del Código Civil y, por lo tanto, sometida a sus mismos límites, arts. 953, 656, etc.).

La Ley 7198 dice disposición "especial, ya sea de orden nacional o provincial".

La referencia a la disposición legal especial no ofrece dificultades en su referencia al orden provincial. Está claro que si una ley provincial de Mendoza que regula determinados créditos provinciales establece una tasa diferente (por ej., la ley que dispone en torno a los tributos locales), la Ley 7198 tiene carácter general y cede frente a la especial.

La mención a la ley especial de orden nacional, en cambio, no debe ser interpretada con exclusivo rigor gramatical, sino a la luz de la estructura constitucional argentina, por lo que la facultad provincial cede ante una ley nacional (especial, o general, como es el Código de Comercio) en tanto los intereses son accesorios de los créditos y, como regla, su régimen es nacional.

En suma, la Ley 7198 rige exclusivamente aquellos supuestos no reglados ni por la convención, ni por otras leyes; si la ley nacional (general o especial) tiene previsiones sobre intereses, la provincia no puede avanzar sobre este campo; puede hacerlo sólo si se trata de accesorios en ámbitos no delegados mientras la Nación no regule. En consecuencia, el art. 3 de la Ley 7198 debe leerse con este alcance: "La tasa legal indicada en los artículos precedentes se aplicará a falta de una disposición nacional o de normativa especial local".

(b) La regla de interpretación antes reseñada implica que, tratándose de relaciones típicamente comerciales, de aceptarse el criterio jurisprudencial predominante, la deuda debe liquidarse a la tasa de interés que "cobra" el banco, es decir, la activa prevista en el art. 565 del Código de Comercio. En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria del país tiene resuelto que "si bien el art. 565 del Código de Comercio está ubicado en el título dedicado al contrato de préstamo, debe aplicarse a todos los contratos mercantiles, a la responsabilidad derivada de los mismos y, en general, a los actos de comercio, pues se trata de una norma propia y típica del derecho comercial aplicable a todo su ámbito, y que desplaza al art. 622 del Código Civil" (doctrina judicial subyacente en el plenario de la Cám. Nac. Com. 27/10/1994, LL 1994-E-412 y RDCO 1994 año 27 pág. 415, ED 160-205 y JA 1995-I-447).

1.6. La cuestión relativa a la constitucionalidad de la tasa pasiva frente a la realidad económica y al derecho de propiedad.

(a) El plenario resumió los argumentos desarrollados por quienes sostienen la inconstitucionalidad de la ley provincial en cuanto fija la tasa pasiva. Entre ellos enumeró: (I) La ley está inmersa dentro de un sistema que prohíbe aplicar índices monetarios de indexación a pesar de que exista inflación; el Banco de la Nación Argentina paga a

los inversores de depósitos a plazo fijo una tasa de interés que asciende al 2,75% anual, siendo que la depreciación monetaria ocurrida entre el 2002 y el 2005 es muy superior; (II) La tasa de interés moratorio debe cumplir una función moralizadora, evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque ello implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable. Por eso, en el plenario "Triunfo" (L.S. 241-126) esta Corte dijo que tratándose de deudas reclamadas judicialmente debe existir un plus, por mínimo que sea, que desaliente el aumento de la litigiosidad.

(b) El plenario sigue con la mención de un precedente de la Sala I, del 10/8/1998 (LS 281-483 publicado en Foro de Cuyo 32-177, Voces Jurídicas 1998-5-91 y JA 1999-II-504), en el que sostuvo que a partir de diciembre de 1996, fecha en que culminó el proceso de privatización de la banca oficial provincial, la Ley 3939 (que fijaba la tasa activa que cobraba el Banco de Mendoza al momento del pago) había dejado de regir por no darse uno de los presupuestos necesarios para su aplicación; aclaró que no se estaba en presencia de un problema de derogación de la ley, sino de imposibilidad de aplicación por inexistencia de uno de los presupuestos (el Banco oficial previsto en la normativa). En esa decisión, la Sala volvió a defender las prerrogativas locales, pero recalcó que "ley constitucional es la que pasa el test de razonabilidad; por eso, frente al texto del art. 622 del Código Civil argentino, sería razonable una ley provincial que, a los efectos de la determinación de la llamada tasa judicial de intereses remita a la tasa promedio del mercado (lo que implica compulsar todos o al menos los principales bancos locales privados y públicos, si los hubiera); también era razonable, y por ende constitucional, la Ley 3939, que tenía en cuenta una entidad primero de economía mixta y luego pública que era un instrumento de la política financiera del Estado; pero a todas luces es irrazonable que un acto del Poder Legislativo provincial se remita con exclusividad, para fijar una tasa que fijan los jueces locales, a la tasa activa que cobra un sólo banco privado que gira en plaza; ello importaría el absurdo reconocimiento del Estado de estar sometido a uno de los llamados poderes privados.

Consecuentemente, la Sala debió determinar, para ese caso, cuál era la tasa aplicable a partir de diciembre de 1996; para llenar ese cometido, acudió a la facultad concedida por el art. 622 del Código Civil y llamó a los jueces a la reflexión sobre la necesidad de armonizar soluciones. Para resolver esa causa, este tribunal analizó los diversos criterios jurisprudenciales y doctrinales, individualizó a sus autores y sintetizó los argumentos.

Recordó los argumentos de ambas tendencias, la que defiende la tasa activa y la pasiva:

(I) El criterio que propicia la tasa pasiva se funda en las siguientes razones:

- Las tasas activas promedio "tienen incorporado, además de lo que corresponde al precio del dinero, un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales y que obviamente no pesa sobre el acreedor, costo que, en nuestra economía, resulta desproporcionado por el sobredimensionamiento del sistema bancario y financiero", por lo que "la aplicación irrestricta de la tasa activa, con relación a la fluctuación de la realidad económica operada desde la vigencia de la ley de convertibilidad arriba a un resultado irrazonable", desvirtuando la ley de convertibilidad.

- A diferencia de lo que puede ocurrir con la tasa activa, la pasiva no enriquece indebidamente al acreedor pues ese dinero en sus manos, puesto a interés en un banco, no le habría dado más que lo que paga el deudor.

(II) La tendencia que defiende la tasa activa, en cambio, argumenta del siguiente modo:

- Resulta absurdo que el deudor moroso pague una tasa más baja que el deudor que cumple con las obligaciones concertadas con la entidad acreedora.

- Normalmente, el acreedor no es un inversor financiero que puede decidir entre prestar dinero a un banco o prestarlo a su deudor sino que resulta una víctima, un damnificado del incumplimiento de su deudor al verse privado de elegir el destino de los fondos que no ha recibido.

- La tasa pasiva compensa al acreedor lo que tiene y pone en el circuito financiero; pero cuando el acreedor reclama en juicio, está reclamando lo que no tiene y por no tenerlo, debe ir a buscarlo al circuito financiero, donde él pagará la tasa activa.

Después de analizar las argumentaciones de las dos tendencias, la Sala expuso las razones por las que prestaba "adhesión -por el momento, en tanto había un vacío legislativo- a la tasa activa promedio que cobre el Banco de la Nación".

Lo hizo después de aclarar que todos los argumentos, a favor de una u otra tesis, tienen réplica y contraréplica: se trata de una cuestión muy complicada, como lo es la economía en general, sujeta, como todo lo humano, a algunas variables que no son matemáticas, pero como cabeza del Poder Judicial de Mendoza debía dar una pauta que, sin violar la ley, fuese valiosa desde la perspectiva de la política judicial. Por eso, propuso que, en principio, y salvo que las circunstancias del caso aconsejaran otro mecanismo, se aplicase la tasa activa promedio que haya cobrado el Banco de la Nación Argentina durante todo el período de devengamiento de los intereses. Para llegar a ese resultado, insistió en que el proceso no debe ser una vía que trate con la misma vara al deudor cumpliente y al incumpliente, por lo que tratándose de deudas reclamadas judicialmente, debe existir un plus, por mínimo que sea, que desaliente el aumento de la litigiosidad; al deudor no debe convenirle litigar y al acreedor hay que repararle el daño producido en su patrimonio por el incumplimiento del deudor.

(c) El plenario también recordó la jurisprudencia de la Corte Federal.

A partir de la vigencia de la ley de convertibilidad sostuvo que correspondía aplicar la tasa pasiva que informa el Bco. Central (3/3/1992, "Y.P.F. c/Pvcia y Banco de Corrientes", en disidencia votaron los Dres. Belluscio, Petracchi y Moliné OConnors, Ver ED 146-321; JA 1992-I-570; LL 1992-B-216; RDCO año 25 1992-216 y TSS 1992-208; 24/3/1992, "Juncalán Forestal Agropecuaria c/Pvcia. de Bs. As.", LL 1992-D-251 y JA 1992-IV-430; 19/5/1992, "Entidad Binacional Yaciretá c/ Pvcia. de Misiones", LL 1992-E-166; 10/6/1992, "López Antonio c/Explotación Pesquera de la Patagonia", LL 1992-E-47; JA 1992-III-10, ED 148-389; RDCO año 25, 1992-425; DT LII-B-1215; TSS 1992-477; 7/10/1993, "Ciabasa S.A. c/ La Buenos Aires, Cía. De Seguros", JA 1994-II-383).-

Esta jurisprudencia (con votos minoritarios), se mantuvo hasta el 17/5/1994, fecha en la que, en decisión recaída in re "Banco Sudameris c/Belcam S.A.", la Corte produjo la llamada "federalización de la tasa", al resolver que "la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Código Civil como consecuencia del régimen establecido por la Ley 23.928, queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales" (ED 157-553; JA 1994-II-690; LL 1994-C-30; DT 1994-B-1973, Doc. Societaria 1994 n° 7 pág. 223).

De cualquier modo, en las decisiones recaídas en procesos que tramitan en instancia única, a partir de la sentencia registrada en Fallos 317-192, generalmente la Corte Federal decidió que los intereses posteriores al 31/3/1991 se deben liquidar de acuerdo a la tasa que el Banco de la Nación Argentina cobra en sus operaciones ordinarias de descuento (Fallos 319-2788; 321-3701; 323-847, y sus citas). Esta jurisprudencia ha sido ratificada después de la crisis del 2001 (Ver sentencias del 5/8/2003, 30/9/2003, 11/6/2003, en Suplemento especial de la revista La Ley, Intereses, Bs. As., ed. La Ley, Julio 2004, págs. 141/145).

(d) La decisión plenaria del año 2005 también resumió la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Comercio que, en diversos plenarios, insistió en la tasa activa, y de la Cámara Nacional Civil que, en cambio, reiteró el criterio de la tasa pasiva en decisión del 23/3/2004 recaída in re "Alaniz c/Transportes 123" (Ver LL 2004-C-37; JA 2004-II-624 y ED 206-680).

La mayoría de la Cámara Nacional Civil agregó, a los antes resumidos, los siguientes argumentos a favor de la tasa pasiva:

- La tasa pasiva incluye, además de la retribución al capital, la inflación esperada y algún riesgo de que la entidad no devuelva los fondos. Además, refleja la capitalización de la tasa diaria equivalente a la tasa de interés efectiva mensual promedio ponderada de los depósitos en caja de ahorro común y a plazo fijo según la encuesta que diariamente elabora la institución bancaria. Es cierto que puede ser positiva o negativa, en términos reales, en distintos períodos y según decisiones económico-financieras, mas ello ocurre por tendencias y niveles del mercado, que también contienen el componente inflacionario.

- La tasa activa comprende, además del costo de la captación de los depósitos (tasa pasiva) gastos operativos, riesgo de incobrabilidad, ganancia de la entidad, costo de oportunidad de las reservas legales y encajes, etc.

- La diferencia o brecha entre ambas tasas se llama "spread", que es el precio de la intermediación-costo operativo, comprensivo de la ganancia del financista.

- El desarrollo de ambas tasas a lo largo del tiempo y el estudio de los rubros que influyen en cada una de ellas para su establecimiento muestran que el solo desfasaje de la economía y el cambio de las circunstancias económico-financieras, por sí solo, no autorizan a descalificar la aplicación de la tasa pasiva si no surgen elementos que determinen que ésta no satisface la debida indemnización de los daños sufridos. Para ello debe ponderarse la evolución que éstas han sufrido a la par de las alteraciones a las que se hizo referencia.

- En suma, las tasa de interés bancarias, sean activas o pasivas, no obstante la brecha que existe entre ellas debido a los distintos rubros que las integran de acuerdo a la finalidad que tienen, evolucionan conforme la situación económica, políticas implementadas en tal sentido, necesidades del mercado y costo del dinero, subiendo o bajando de acuerdo a las distintas variables que inciden en ellas.

#### 1.7. La constitucionalidad de la tasa pasiva, analizada en abstracto.-

Con la clara intención de equilibrar todas estas argumentaciones, y desde que el recurso tenía como objeto exclusivo determinar si la ley provincial, que fija la tasa pasiva, es inconstitucional por haber optado por esa tasa para aquellos casos en los que no hay previsión normativa (contractual ni legal), el plenario se decidió por la constitucionalidad, en abstracto, con estos argumentos:

a) La declaración de inconstitucionalidad es la última ratio. La Corte Federal Argentina (al igual que la mayoría de los tribunales constitucionales de los países a los que estamos unidos por una tradición jurídica común) dice desde antiguo que "la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones" (Ver, a vía de ej., CSN 31/8/1999, "Guadalupe Hernández s/ Acción de amparo", JA 2000-III-673 y sus citas).

b) La elección de la tasa activa o de la tasa pasiva, en abstracto, no pasa por el nivel constitucional sino por razones de índole de política económica, conforme las circunstancias reinantes en el país en general y en los mercados en particular.

c) Parece, pues, difícil sostener que, sin atender a las particularidades que cada caso presente, la tasa pasiva, que fue aplicada por la Corte Federal durante varios años, y que sigue siendo aplicada por la Cámara Nacional Civil, uno de los tribunales cuya jurisprudencia tiene más impacto en el resto del país, sea en sí misma, inconstitucional.

d) Esta es una cuestión difícil, ardua, no evidente ni manifiesta:

La tasa pasiva es perniciosa para el sistema judicial pues alienta los litigios, para la moralidad pública y la economía en general, desde que alienta la anomia, el incumplimiento de la palabra empeñada y de la ley.

También es inequitativa, pues ni las víctimas de los accidentes ni los trabajadores son inversores.

Sin embargo, estos convencimientos personales no alcanzan para declarar la inconstitucionalidad de la ley. Mientras no se ataque de modo manifiesto y claro el derecho de propiedad, se trata de una cuestión de opción del legislador, único responsable de las modificaciones procesales, positivas y negativas, que sus elecciones políticas generan en la conducta de los habitantes del lugar donde ejercen su función pública. No es necesario remarcar la evidente función educadora que las leyes cumplen como reguladoras del comportamiento social.

e) No se niega la necesidad de todo Estado democrático de proteger la coherencia del sistema, mas en este caso, con las limitaciones que fija este voto, la opción legislativa no rompe de modo evidente la coherencia del sistema jurídico argentino desde que: (I) la tasa pasiva no rige si las partes han previsto convencionalmente otro tipo de tasa; (II) normalmente, las obligaciones en mora entre comerciantes, regidas por el Código de Comercio devengarán la tasa activa, tal como lo señala la Cámara Nacional de Comercio, por aplicación del art. 565 del CC; en cambio, a falta de previsión convencional o legal, las obligaciones regidas por el Código Civil devengarán la tasa pasiva, tal como lo resuelve la Cámara Nacional Civil.

#### 1.8. La inconstitucionalidad en concreto.

Finalmente, el plenario aclaró que todo lo expuesto no implicaba que, en su aplicación concreta, la ley pudiese devenir en inconstitucional si, según el período que esté en juego en cada proceso, las tasas pasivas fuesen tan bajas que manifiestamente dejaran sin reparar un importante porcentaje del daño moratorio producido.

Pero este daño debe ser invocado y puesto en evidencia por quien lo alega, quien debe probar no sólo la diferencia entre tasa activa y pasiva bancaria, sino que esa tasa, durante ese período, es manifiestamente negativa frente a los costos generales, o el destino específico que las sumas tenían conforme la naturaleza de la prestación debi-

da. Piénsese, por ej., en prestaciones alimentarias, o expensas comunes en la propiedad horizontal en mora, debidas en períodos de importantes subas de precios relativos, fenómeno inquietante, que más allá del voluntarismo con que se lo pretenda ignorar, existe en la circunstancia cotidiana; de allí que el realismo de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación lo utilice como fundamento para actualizar su presupuesto teniendo en cuenta "las modificaciones que dependen del nivel general de precios" (C.S.J.N. 9 de agosto 2005, Acordada N° 18/2005, considerando N° 7).

#### 1.9. La solución propiciada y la garantía de igualdad ante la ley.

La Corte también se hizo cargo del argumento de aquellos que sostienen que la ley provincial afecta el derecho de igualdad: los grandes bancos y financieras no se ven afectados por esta norma, ya que tienen regulaciones especiales, o convenios particulares mediante los cuales pactan altas tasas de interés; el resto de los acreedores, en cambio, tendrían una tasa reducidísima.

Se dijo que en este aspecto, aunque con dificultades, y merced a grandes esfuerzos interpretativos del juzgador, la Ley 7198 pasa el test de constitucionalidad por las siguientes razones:

Frente a las imprevisibles vicisitudes de la economía de nuestro país, el legislador mendocino mostraría una gran dosis de prudencia si leyes como la 7198 y su modificatoria 7358 se dictaran sometiendo su vigencia a: (I) un período determinado de tiempo, y (II) un seguimiento o control sobre los impactos económicos producidos durante ese plazo. Es que esta legislación, al igual que la Ley 7065 (cuya permanencia constitucional en el sistema normativo provincial ha sido tan trabajosamente construida por esta Corte, LS 345-001, 9/12/04) está más cerca de las leyes de emergencia que de las leyes ordinarias. En efecto, en épocas de normalidad económica (desgraciadamente cada vez menos frecuentes) el "spread" (diferencia entre tasa pasiva y activa) no alcanza rango relevante; en cambio al momento en que esta sentencia se dicta la diferencia es significativa, quizás por efecto del nefasto "corralito" financiero y todas sus derivaciones que impactaron en el funcionamiento armónico del sistema bancario, sin que pueda predecirse con alguna seriedad cuan largo y espinoso es el camino que falta recorrer hacia la normalidad perdida.

Dicho en otros términos: si se legisla sólo para la coyuntura, la ley debe estar sometida a un plazo de vigencia y controlarse sus resultados. Del mismo modo que, como decía el Dante, el juez prudente es aquel que sabe medir las consecuencias de sus decisiones, el legislador prudente es aquél que efectivamente constata qué resultados produjo la norma general dictada para la emergencia.

Lamentablemente, el Poder Legislativo no está habituado a legislar con la metodología deseable, pero su omisión, en sí misma, no es causal de inconstitucionalidad.

b) Las diferencias entre obligaciones civiles y comerciales relativas a la tasa de interés no son arbitrarias. Se fundan en la distinta naturaleza de la actividad desarrollada por el acreedor. Normalmente, la persona física no comerciante destina sus ingresos al consumo y lo que le sobra lo ahorra en pequeñas inversiones bancarias. Por el contrario, el comerciante, invierte en actividad productora de nuevos recursos. Esta razón, entre otras, explica no sólo la diferente solución asumida por los plenarios de las Cámaras Nacionales antes referidos, sino que pese a los esfuerzos de la doctrina, el Código Civil y el Código de Comercio se mantengan como dos cuerpos normativos diversos.

c) La diferencia entre obligaciones convencionales (que pueden contener cláusulas específicas relativas a tasas de interés) y nacidas de otras fuentes que no las prevén

tampoco es inconstitucional, pues se funda en el principio de autonomía de la voluntad; consecuentemente, las tasas convenidas están sometidas a las mismas restricciones que el principio general en el cual se sostienen.

d) Finalmente, los daños efectivos al derecho de propiedad que pudieran sufrir los llamados "acreedores civiles" están cubiertos a través del mecanismo explicado en los párrafos anteriores.

2. Acontecimientos posteriores al dictado del plenario de esta Corte del 12/9/2005. Cambio de rumbo en la Cámara Nacional Civil.

2.1. Preliminares.-

Con posterioridad a setiembre de 2005 se produjeron circunstancias económicas significativas, entre otras, las siguientes: hasta fines de 2008, depreciación de la moneda a valores superiores a los mantenidos hasta 2005; desconfianza de todos los sectores en los índices oficiales de depreciación de la moneda y de otras variables de la economía; tasas de interés pasivas muy bajas y activas muy altas; desaceleración de la economía nacional, etc.; a partir de fines del año 2008, crisis a nivel global, aumento de la desocupación, etc.

Algunos de estos avatares de la economía llevaron a la Cámara Nacional Civil (cuya doctrina plenaria fue una de las argumentaciones para la declaración de constitucionalidad en abstracto aceptada por esta Corte) a preguntarse "Si corresponde dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04".

Si la respuesta a esa pregunta era afirmativa, el pleno debía responder, además, las siguientes preguntas:

"2) En caso de respuesta afirmativa, se responda:

Si es conveniente establecer la tasa de interés moratorio.

3) En caso de respuesta afirmativa, se responda:

¿Cuál es la tasa de interés moratorio que corresponde aplicar?

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

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

2.2. La respuesta.-

La Cámara respondió en el caso "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" con fechas 14/10/2008 y 11/11/2008; los fundamentos ( dados en 118 fojas) fueron fechados el 20/4/2009; allí decidió:

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

2- "Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio"

3- "Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina"

4- "La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

### 2.3. Análisis del plenario. Respuesta al primer interrogante.

Treinta y tres camaristas respondieron afirmativamente al primer interrogante, o sea, estimaron que correspondía dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios" del 23/3/04. Sólo un camarista se pronunció por mantenerlos.

La mayoría argumentó con diferentes votos pero, en esencia, con los siguientes argumentos:

(a) Hoy, la tasa fijada en esos plenarios (tasa pasiva), no cumple acabadamente la función resarcitoria que tienen los intereses moratorios, que consiste en reparar el daño por el retardo injustificado e imputable en el cumplimiento de la obligación, ni tampoco mantiene el valor del capital de condena.

Los factores micro y macro económicos que dieron lugar a los plenarios "Vázquez" y "Alaniz" son diferentes a los que se dan en el momento actual. Los cambios de las circunstancias económico-financieras operados, de los que dan cuenta los índices inflacionarios -aún aquéllos que plantean serios reparos sobre su transparencia- dan fundamento a la decisión de modificarlos.

La tasa pasiva no cumple la función resarcitoria; en una economía en la que la inflación es igual a cero, cualquier tasa, aún la pasiva, es una tasa positiva. Pero frente a la creciente desvalorización monetaria y el art. 7 de la Ley 23.928 que prohíbe toda actualización monetaria, indexación de costos y repotenciación de deudas cualquiera fuera su causa, la tasa pasiva no repara ni siquiera mínimamente el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno.

(b) Una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda. La tasa de interés debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable.

Otros votos de la mayoría fueron más allá; así, por ej., el Dr. Molteni, afirmó que el daño no lo repara la tasa pasiva sino la activa; que no son las razones económicas las determinantes del tipo de interés que corresponde aplicar en ausencia de convención de las partes, sino que al margen de las variaciones que registren las tasas por las propias fluctuaciones del mercado financiero, desde el punto de vista jurídico, es menester reconocer que el resarcimiento debido por el deudor moroso debe estar representado por la denominada tasa activa.

En cambio, el voto de la minoría del Dr. Diego C. Sánchez, se pronunció por mantener los plenarios que fijaron la tasa pasiva.

Reflexionó que por la crisis económica y financiera global y por otras razones, la Reserva Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, el Banco Central Europeo y los de Canadá, Inglaterra, Suecia, Suiza, como China -entre otros- han reducido drásticamente sus tasas de interés, llevándolas a cero, o casi cero; por lo tanto, era paradójico que mientras fuera de la Argentina las tasas de interés están hoy cercanas al 0% anual, el plenario adopte una tasa activa superior al 18% anual. Señaló, además, que en el 2008 la tasa pasiva fue superior al 8% y el incremento del nivel general del índice de precios al consumidor, según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC, aún observado) fue del 6,8%. En su opinión, la tasa de interés no incide en la litigiosidad; en la justicia comercial se aplica la tasa activa y sin embargo los tribunales están colapsados; en la justicia civil ha disminuido la litigiosidad gracias a la mediación aún cuando la tasa es la pasiva. Si la conducta es maliciosa, para eso están los intereses sancionatorios.

#### 2.4. Análisis del plenario. Respuesta al segundo interrogante.

(a) La mayoría de los camaristas respondieron afirmativamente al segundo interrogante, o sea, dijeron que era conveniente que un plenario estableciera la tasa de interés moratorio. Los argumentos de la mayoría también fueron diversos, pero en general, argumentaron sobre la siguiente línea de razonamiento:

Quando la tasa de interés aplicable no está determinada por las partes o por disposición legal alguna, la jurisprudencia cumple una tarea esclarecedora al establecer el porcentaje apropiado que debe alcanzar ante el retardo en el cumplimiento de la obligación debida. De lo contrario, la cantidad y variedad de tasas de interés posibles y la amplia competencia del fuero civil en materias donde los jueces son los encargados de establecerlas crearía a los justiciables un estado de enorme incertidumbre respecto de la tasa aplicable. Para quienes litigan es importante que sus conflictos se resuelvan con justicia, pero también es relevante la certeza respecto de los criterios jurídicos que van a aplicar los tribunales a los casos sometidos a su decisión.

(b) La minoría, en cambio, consideró que no era conveniente fijar una tasa a través de un plenario. Recordó lo expuesto por Vélez en la nota al 622. "Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso". Sobre esta base, en esta materia no cabe presumir una falta de previsión u omisión involuntaria -que de acuerdo con nuestra Corte Suprema "jamás se suponen en el legislador" (Fallos: 314:258; 315:727, 2668; 316:1115; 317:1820; 319:1131, 3241; 320:2701; 321:2021; 322:2189; 323:585) sino un deliberado propósito de que el interés sea establecido por los jueces de acuerdo a las circunstancias del caso.

Algunos votos ampliatorios agregaron la gran variabilidad que caracteriza a las tasas de interés y su dependencia a distintas circunstancias (económicas, políticas, etc.) que influyen en su determinación; por eso, los magistrados deben quedar en libertad para estudiar y resolver en cada causa en las que intervengan cuál es la tasa a aplicar dando una respuesta apropiada a la justicia del caso concreto. Si bien los jueces no son economistas que puedan desentrañar y predecir las variables económicas que modifican las tasas de interés y su incidencia, son hombres de derecho y, como tales, no pueden vivir abstraídos de la realidad sin reparar en ella.

El voto de Víctor F. Liberman va más allá; dijo que las tasas bancarias no tienen como finalidad ni están presentadas al ahorrista o mutuuario para enjugar desfasajes inflacionarios ni para mantener incólume el contenido económico de la sentencia; tienen otro origen, se generan con independencia de lo que los jueces deciden, y tienen

otra función: son instrumentos financieros; fluctúan sobre la base de políticas financieras y mercantiles bancarias que no siempre están ajustadas a la realidad inflacionaria. La razonabilidad de los criterios judiciales en materia de tasas de interés entra en crisis cuando no es dado al magistrado aplicar la ley en forma flexible de modo de acercar la solución más justa al caso concreto.

## 2.5. Análisis del plenario. Respuesta al tercer interrogante.

(a) A la pregunta cuál es la tasa de interés moratorio que corresponde aplicar, la mayoría respondió que era la de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

También aquí los argumentos variaron, pero giraron en torno a la siguiente línea argumental:

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

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

- Con la aplicación de la tasa pasiva, es el acreedor quien en definitiva financia la ganancia de su deudor con su propia postergación. El que debe pagar no tendrá ningún incentivo en hacerlo a tiempo ni mucho menos acortar la duración de los juicios, lapso durante el cual hace un mejor negocio con su morosidad. Esa situación se refleja en el aumento del índice de litigiosidad, desalienta la conciliación prejudicial y provoca la saturación de los recursos de la justicia. Las consecuencias desfavorables que se ocasionan a quien reclama por un daño injusto se expanden así a la comunidad en general, proyectándose negativamente a la vida económica del país. Al estimular los incumplimientos se encarece el crédito y la prolongación voluntaria de pleitos revela un comportamiento social disvalioso que conspira contra la eficiencia de la justicia.

- Tanto la tasa activa como la pasiva son tasas de mercado que responden a las distintas variables de la economía y a los vaivenes de la política económica. Ambas registran en alguna medida el componente inflacionario. Sin embargo, no son ellas las que generan este fenómeno cuya causa más habitual será el aumento de la base monetaria y su velocidad de circulación, generando desequilibrios en la oferta y la demanda de bienes y servicios y por ende en sus precios.-

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Brescia Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños" sostuvo que los intereses se debían liquidar con posterioridad al 31/3/1991 de acuerdo a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (T 317:1921, 22/12/94), solución que también fue propiciada en "Hidronor SA c/ Neuquén, Gobierno de la Provincia del y/o quien resulte propietario s/ expropiación", del 2/11/1995 (H.9.XIX); "S.M.C c/ Provincia de Buenos Aires y otro" del 15/12/1998 (LL 1999-D, 534); "G.C.M.c/ Provincia de Santa Fe", del 10/4/2003 (LL 2003-D,521), "Valle, Roxana Edith c/Buenos Aires", del 10/4/2003 ( T 326:1299).

- La aplicación de la tasa activa responde a la jurisprudencia plenaria de los fueros Comercial y Laboral (conf. CN Com. en pleno, 27/10/94, in re "La Razón S.A. s/ Quiebra"; LL 1994-E, 412 y CNAT, Acta CNAT Nro. 2357 del 7/5/02 respectivamente).

Algunos votos ampliatorios insistieron sobre otros aspectos. Así, por ej., el del camarista Fernando M. Racimo centra la cuestión en el cálculo de lo que se podría haber obtenido del dinero no pagado, que en su opinión, no es la tasa de descuento del Banco de la Nación en razón de los préstamos que podría haber tenido que asumir el acreedor (pues tal explicación resulta errónea a la luz de una exacta interpretación del sistema clásico francés) ni tampoco el rendimiento de la inversión en un banco público, porque ningún mutuante civil estipula a un interés más bajo que el resultante de las convenciones usuales y lícitas. Para él, la renta a considerar es la correspondiente a la tasa eventual del mutuo civil y ante la inexistencia de ésta como precio corriente del dinero resulta admisible recurrir a la tasa del art. 565 del Código de Comercio que es una figura jurídica análoga (mutuo comercial) y cumple una función análoga (retribuir el préstamo del uso del dinero) a la que se encuentra en la base de la tarifación de los intereses moratorios en el art. 622 del Código Civil. La tasa del interés del art. 622 debe ser, por consiguiente y por razones jurídicas, la correspondiente a la tasa activa (préstamos) del Banco de la Nación Argentina.

b) En cambio, la minoría, a cargo del Dr. Diego C. Sánchez, insistió en la tasa pasiva. Reseñó la actual jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que acepta la tasa pasiva) y de Superiores Tribunales de Provincias que siguen esa tendencia, entre otros, además de este tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (causas Ac. 43.330, "Cuaderno" y Ac. 43.858, "Zgonc", ambas del 21-05-91; "Yabra, Mario c/ Municipalidad de Vicente López D.C.A." del 27-11-96, ED 174-605, con nota de Carlos Aurelio Rago, "Ley de Convertibilidad y tasas de interés"; Ac. L. 76.156 del 17-07-02; Ac. 86.304 S del 27-10-04; Ac. 88.502 del 31-08-05 y 27-12-06 y "Cantera Gorina c/Municipalidad de La Plata", entre otros); Corte de Justicia de Catamarca (02-09-05, "Morales c/Estado Provincial"); Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero (05-12-05, "Cardozo c/Taub"). Insistió en la crisis financiera y económica global con reducción -fuera de la República Argentina- de las tasas de interés a casi cero, y la relación, también actual, entre el índice de precios al consumidor y las tasas activa y pasiva.

## 2.6. Análisis del plenario. Respuesta al cuarto interrogante.

(A) A la pregunta de si la tasa de interés fijada es aplicable desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia", la mayoría respondió afirmativamente, pero con una salvedad y dijo:

"La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

El voto mayoritario, también con argumentos diversos, razonó en lo esencial de la siguiente manera:

Cuando el capital de condena ha sido calculado en valores actuales, sea a una fecha anterior a la sentencia o a la fecha de la misma sentencia, sea mediante la aplicación de algún mecanismo indexatorio permitido hasta la vigencia de la Ley 23.928 o en razón de computar directamente dichos valores, quedando de ese modo, hasta esas fechas, exento de deterioro a causa de la depreciación monetaria, la aplicación de la referida tasa activa hasta entonces importa tanto como compensar ese deterioro, por

principio inexistente, incrementando en forma indebida el contenido económico de la condena y significando un enriquecimiento sin causa para el acreedor. Ello así, dada la composición de dicha tasa activa, que contempla -se reitera- el factor inflacionario. Debe entonces evitarse que el cómputo de estos accesorios desborde su finalidad que no es otra que dejar al acreedor indemne respecto de la lesión patrimonial producida por la falta de pago oportuno de su crédito, pero cuidando de no exceder su razonable expectativa de conservación patrimonial con apartamiento de la necesaria relación que debe existir entre el daño real y la cuantía de la indemnización (Fallos 316; 3054). Con tal alcance, pues, debe interpretarse que la tasa activa fijada en la cuestión anterior debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

(b) Otros camaristas, que quedaron en minoría, entendieron que correspondía aplicar la tasa activa sin hacer ninguna salvedad. Afirman que la circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez estime ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos por las leyes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso -por lo menos a partir del dictado de la Ley 23.928- que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso. Por eso, la salvedad no es operante en este contexto y queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorice la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer en el derecho vigente.

En el mismo sentido, el voto de Jorge A. Mayo agregó que como ya señalaba Ascarelli, el objeto del resarcimiento de los daños constituye una deuda de valor (Ascarelli, Tullio, Saggi Giuridici, ed. Giuffré, Milano, 1949, cap. I, debiti di valore, pág. 383; etc.), pero ello no implica el reajuste en función de índices de depreciación monetaria, aspecto que se mantiene vedado por el aún vigente art. 10 de la Ley de Convertibilidad 23.928 (ref. Ley 25.561). De allí que frente a la fijación de valores que no responden a índices matemáticos de reajuste, sino que ponderan diversidad de factores para llegar a la reparación integral de los daños, no corresponde aplicar otra tasa desde que el daño fijado en el capital no ha incluido el retardo por la inversión productiva de que se vio privado el damnificado mientras el responsable usufructuaba su indemnización. No es a través del manejo indiscriminado de la tasa de interés que pueda arrimarse a una indemnización justa, privilegiando al accesorio (el interés) sobre lo principal.- Es a este último a lo que debe y puede apuntarse cuando se establece el quantum indemnizatorio, respetando las reglas del Código sobre la extensión del resarcimiento (arts. 901 y sgtes.).- Y si miramos otros créditos, por ejemplo, el de alimentos, quisiera saber cuántos alimentarios se han enriquecido a costas del alimentante.-

(c) El voto minoritario de la prestigiosa camarista Mabel A. De los Santos se acerca a la posición de esta Corte. Afirma que si bien la tasa de interés a pagar debe ser la activa, no debe ser aplicada desde la fecha de la mora cuando se reclama judicialmente por deudas de valor. Cuando el reclamo judicial se refiere a una deuda de valor la solución no puede ser la misma que cuando desde el inicio se reclama un monto determinado en dinero; tal especial circunstancia, que se configura sólo cuando la determinación del monto depende de la estimación judicial -vale decir, no necesaria-

mente en todo supuesto de responsabilidad civil extracontractual, pues un reintegro de gastos, verbigracia, no se hallaría alcanzado por la excepción- conlleva necesariamente la aplicación de la tasa que es propia de una economía estable, o tasa de interés puro, que según se estima debe oscilar entre el 6% y el 8% anual. Una solución contraria podría causar una seria alteración del contenido económico de las sentencias pues la tasa activa, vale decir, la que cobra el banco a sus clientes, contiene un componente tendiente a compensar la depreciación de la moneda que, por consiguiente, se superpone, en términos de indemnización, con la determinación cuantitativa del monto del daño, que se realiza al tiempo del dictado de la sentencia y conforme los valores que rigen a esa fecha. No constituye obstáculo a lo expuesto la prohibición de actualizar que estableciera la Ley 23.928 y mantuviera el art. 4 de la Ley 25.561, pues cuando aludimos a las deudas de valor no se trata propiamente de una actualización monetaria sino de una evaluación que se realiza al tiempo del dictado de la sentencia. Es por ello que nada impide que una deuda de valor se exprese en valores vigentes al momento del fallo. En síntesis, considera que en las deudas de valor no corresponde computar la tasa activa de interés durante todo el lapso que corre desde la mora, sino sólo a partir de la sentencia que determina su monto; solución que tiene por objeto evitar que se vea alterado el contenido económico del fallo y que -como efecto secundario probable- se produzca una reducción generalizada de los montos indemnizatorios a los fines de evitar la incidencia multiplicadora de la tasa de interés.

### 3. La jurisprudencia de la Corte Federal a partir del año 2005.

Como se ha visto, la jurisprudencia de la Corte Federal es vacilante, a punto tal que ha ido variando, tal como lo muestran claramente los fallos citados por los plenarios de esta Corte y los votos de mayoría y minoría del último plenario de la Cámara Nacional Civil.

Corresponde, pues, hacer un nuevo repaso sobre esa jurisprudencia, intentando no reiterar lo ya dicho.

(a) Para las obligaciones en general, especialmente tratándose de deudas del Estado, según mi lectura, la opinión de la Corte está dividida; por un lado, la minoría insiste en que debe aplicarse la tasa activa (Lorenzetti y Petracchi). Por el otro, la mayoría (Highton, Fayt, Maqueda, Argibay), acepta la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central.

Estas dos posiciones se visualizan, por ej., en las siguientes decisiones:

"Baldino, Luisa María c/ Anses s/ reajustes varios" - CSJN - 13/05/2008 (elDial - AA48D1).-

Según el tribunal, "los agravios de la demandada relacionados con la tasa pasiva de interés encuentran adecuada respuesta en el precedente "Spitale" (Fallos: 327:3721), al que cabe remitir por razón de brevedad".

A su vez, en ese precedente, la mayoría de la Corte dijo que "los agravios relacionados con la tasa de interés no pueden ser admitidos ya que, conforme lo ha resuelto en forma reiterada este Tribunal, la tasa pasiva promedio que elabora el Banco Central de la República Argentina es adecuadamente satisfactoria del menoscabo patrimonial sufrido por la demandante, en el marco de la índole previsional de la relación jurídica en examen, el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas y el período de estabilidad del valor de la moneda durante el lapso que corresponde a la deuda reclamada (conf. Fallos: 325:1185 "Aguilar", causa L.1555.XXXVIII; "Lombardo, Antonio c/ ANSES s/ prestaciones varias", sentencia del 29 de abril de 2004; causa

P.2153.XXXVIII, "Prawdiuk, Rosa c/ Anses", sentencia del 11 de mayo de 2004, entre muchos otros)".

La minoría, en cambio, se remitió a lo dicho en esos mismos precedentes a favor de la tasa activa.

CSN 6/3/2007, "Bustos c/Provincia de La Pampa" (JA 2007-III-555).

Esta sentencia cita, entre otros precedentes, "Serenar SA c/Pvcia. de Buenos Aires", 19/8/2004, y "Roque Reymundo c/Pvcia de San Luis", del 7/6/2005; en esas decisiones, se cita, como adherentes a la minoría (tasa activa) a los votos de Belluscio y Vázquez.-

CSN 30/5/2006, "Cohen c/Pvcia. de Río Negro" (ídem anterior).

CSN 23/5/2006, "Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación", Doc. Jud. 2006-2-494 y LL 2005-D-350 (indemnización por expropiación), ídem a los anteriores.

(b) Para las deudas pesificadas, diversas sentencias permiten observar las siguientes particularidades:

- CSJN - 18/11/2008, E. 491. XLI. - "Espejo Sola de Villamil, Sara Isabel c/ Ancewicz, Mario Ismael s/ ejecución hipotecaria" (eIDial - AA4EB2).-

En esta decisión, la Corte confirmó una sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y, consecuentemente, avaló la pesificación con más la aplicación del índice CER o CVS o en el que en el futuro lo reemplace con más el 18% anual de interés desde la fecha mora hasta 4 de febrero de 2002 y el 8% anual a partir 2002.

La queja de los deudores recurrentes referentes a la elevación de la tasa de interés por la Cámara de Apelaciones sin que hubiese habido petición de parte fue desestimada en razón de que "el fallo de primera instancia los había establecido sobre un capital de condena fijado en dólares estadounidenses, en tanto que la alzada los había determinado sobre el capital calculado conforme con las normas de emergencia. En consecuencia, al haberse ordenado la recomposición del capital de un modo más favorable para los apelantes, el tribunal estaba habilitado para fijar los accesorios de un modo distinto al establecido en la sentencia de grado".

- CSJN, 16/09/2008, "Banco Sidesa SA s/quiebra s/incidente de cobro de honorarios de Ariel Dasso", Dictamen del procurador que la Corte confirma, (eIDial - AA4C4F).

En definitiva, el agravio relativo a la aplicación de la tasa de interés pasiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61, de la Ley N° 21.839 (mod. por Ley N° 24.432) se rechazó "por remitir al estudio de cuestiones de hecho y prueba, ajenas a esta instancia extraordinaria (Fallos 323:4028; 326:2156; entre otros), "máxime cuando no parece irrazonable lo resuelto por la alzada, quien hizo mérito de aspectos fácticos relativos al acuerdo previo entre las partes en relación con la tasa aplicable y el principio de igualdad entre los acreedores".

- CSJN - 16/09/2008, "Alonso, Hernán Martín y otro c/ Ferrino, Miguel Ángel s/ ejecución hipotecaria" (eIDial - AA4BDA).-

La cuestión a resolver era sustancialmente análoga a la decidida por el Tribunal en la causa "Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San

Patricio S.R.L." el 18/12/2007 (Fallos 330:5345 y eIDial - AA4430) por lo que mayoría y minoría remitieron a sus argumentos en ese precedente. Aclararon que, a fin de no incurrir en una reformatio in pejus, no correspondía en el caso aplicar la tasa de interés prevista en el mencionado precedente".

- CSJN - 18/12/2007, "Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio SRL" (eIDial - AA4430).-

Se cita como antecedente la causa "Pérsico, Luigi c/ Maffulli, Ciro y otro s/ ejecución hipotecaria" (eIDial - AA24A4). En el caso "Longobardi", 20 personas físicas dieron en préstamo a la sociedad ejecutada la suma de U\$S 392.000 de acuerdo al contrato de mutuo celebrado el 3/12/1998. Esa suma recibida -cuyos intereses se devengaban y pagaban mensualmente- debía reintegrarse en un único pago de capital en el plazo de un año a contar desde la fecha indicada. En garantía de la obligación de restituir el importe recibido y sus accesorios, la deudora constituyó hipoteca en primer grado sobre el inmueble rural sito; más un año más tarde, el préstamo se amplió en U\$S 58.000 que debía ser pagado en iguales condiciones y fecha que el crédito original. En definitiva, se trataba de un supuesto de un mutuo hipotecario celebrado entre particulares y no estaba comprometida la vivienda única y familiar del deudor. Conforme la mayoría, el acreedor tiene derecho a la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de emergencia económica arroje un resultado superior, con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago.-

Lorenzetti, Fayt y Argibay votaron en disidencia. En el voto del primero se lee: "Esta Corte ha considerado que es constitucionalmente admisible recomponer un contrato a favor de la parte débil. La protección de los consumidores, la vinculación del contrato con derechos fundamentales de la persona, la tutela de la vivienda familiar, la frustración del fin del contrato o la evidencia del abuso del derecho son la base de un orden público de protección de la parte débil. Pues bien, no puede pensarse que una persona jurídica que toma un préstamo de cuatrocientos cincuenta mil dólares (U\$S 450.000) necesite de protección alguna. Ninguno de estos requisitos se da en el caso, por lo que corresponde aplicar las reglas generales".

4. La cuestión frente a este nuevo plenario.

4.1. La necesidad del llamado.

En el plenario "Amaya" del 12/9/2005 esta Corte lamentó que el Poder Legislativo no hiciera seguimiento de leyes que, como la Ley 7198 y su modificatoria 7358, tienen fuerte impacto en el resto del sistema.

Esta Corte no puede incurrir en el mismo error que imputa a otro poder del Estado; consecuentemente, ante los avatares económicos ya mencionados y la resistencia que el plenario "Amaya" ha creado en los tribunales inferiores, a veces escondida bajo la máscara de una interpretación equivocada de sus términos, resulta necesario verificar si la solución a la que se arribó en el año 2005 sigue siendo válida cuatro años más tarde.

4.2. Algunas pautas generales que emanan de la jurisprudencia posterior al plenario "Amaya" y que avalan la jurisprudencia de esta Corte.

El análisis desapasionado de los criterios jurisprudenciales antes reseñados permite formular las siguientes reglas generales:

(a) Pese a los valiosos votos en minoría, la mayoría de la Corte Suprema de la Nación sigue convalidando la tasa pasiva, al menos para los créditos contra el Estado. Sin duda alguna, dado el rango institucional del tribunal del que emana, esa convalidación es de naturaleza constitucional.

El importante cambio operado por la Cámara Nacional Civil no se vincula estrictamente a la cuestión constitucional (desde que en el orden nacional no hay una ley que regule la materia) sino a la mayor o menor justicia y conveniencia de la solución.

Por lo tanto, pareciera que la regla de la constitucionalidad en abstracto declarada en el plenario "Amaya" debe ser mantenida, pues no se comprendería que, aunque con votos disidentes, la Corte avale una tasa que resulta manifiestamente inconstitucional.

(b) Corresponde distinguir la tasa aplicable según la forma como los montos han sido fijados en la sentencia: si la suma de condena es un valor fijado al momento de la sentencia o contiene cláusulas de reajuste legalmente autorizadas, desde la mora hasta la decisión devenga una tasa pura, y de la sentencia en adelante, corresponde la tasa bancaria; en cambio, si esa suma ha sido fijada a la época de la producción del daño (por ej., condena a restituir el monto pagado por las reparaciones del automotor antes de la interposición de la demanda), corresponde que ese monto devengue intereses a la tasa bancaria por todo el tiempo, desde la mora, al efectivo pago. Este criterio distintivo surge: (I) de las sentencias de la Corte que tratan la tasa en las deudas pesificadas; (II) de la mayoría de los votos del plenario de la Cámara Nacional Civil, que aunque deciden la condena a la tasa activa desde la mora, reconocen que esa solución puede provocar desfasajes económicos que justifican disminuir esa tasa si el valor de la moneda ha sido tenido en cuenta al momento de liquidarse el capital.

(c) Es lícito distinguir según el objeto de la deuda; así lo dice el voto minoritario de Lorenzetti; no es lo mismo la obligación a cargo de un consumidor que defiende su vivienda que la de una persona experta en la contratación.

#### 4.3. La inconstitucionalidad en el caso concreto.

Los avatares económicos antes mencionados exigen revisar las "salidas" a la inconstitucionalidad expresamente admitidas en el plenario. Estas "aperturas" se vinculan a:

(a) El objeto del crédito.

Como se señaló en el plenario "Amaya", la respuesta judicial es subsidiaria, en tanto rige sólo si no existe tasa determinada por otra normativa, o sea, si (I) No hay tasa convencionalmente pactada; (II) No hay ley especial (ni nacional, ni provincial) que la fije; (III) No es un caso encuadrable en el art. 565 del Código de Comercio.

Por lo tanto, el plenario cubre, entre otras, las obligaciones de origen contractual sin previsión sobre tasa de interés; las nacidas de la responsabilidad extracontractual (por ej., daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito), algunos casos de daños derivados del incumplimiento o cumplimiento contractual o estatutario (por ej., mala praxis profesional, contrato de transporte de personas y mercaderías, responsabilidad societaria, etc.); algunas de fuente legal (alimentos), etc.

Está claro que muchos de esos créditos exigen una protección especial; así, por ej., la reparación correspondiente al daño producido por la mora en la satisfacción del crédito por alimentos nunca podría ser menor al valor que esos alimentos cubren más una

tasa suficientemente reparadora; otro tanto puede decirse de daños causados a la integridad física de una persona.

(b) La prueba del mayor daño.

El plenario "Amaya" exige al acreedor que pretende ser compensado del mayor daño sufrido probar que "la tasa pasiva es insuficiente para indemnizar el daño moratorio producido dado el destino específico que las sumas debidas tenían conforme la naturaleza de la obligación reclamada judicialmente".

La exigencia resulta excesiva conforme a los nuevos avatares de la economía. Obviamente, si el acreedor prueba lo requerido en el plenario tendrá derecho a ser indemnizado de todo el daño que acredite, pero tasas superiores a la pasiva también deben autorizarse en otros supuestos.

(c) Las facultades judiciales para determinar los montos reparadores y las tasas de interés.

La facultad del legislador provincial para fijar la tasa de interés es constitucionalmente válida en tanto su opción no vulnere los principios que surgen del sistema jurídico (garantía constitucional de la propiedad e indemnización integral). La vulneración al sistema puede verificarse en casos determinados; cuando ello acaezca, el juez, atento a las facultades concedidas en el art. 622 del CC, deberá hacer la pertinente corrección para que esos principios sean resguardados; tal corrección, insisto una vez más, no consistirá en aplicar la tasa activa, sino en acudir a otra tasa retributiva del mantenimiento del patrimonio vulnerado más una renta pura que la Ley Provincial 4087 ha fijado en el 5%.

4.4. El ejercicio en concreto de esas facultades judiciales.

Para verificar si se han vulnerado los principios que surgen del sistema jurídico, el juez podrá tener en cuenta no sólo los índices emanados de los organismos públicos oficiales, sino de otras instituciones confiables (asociaciones de consumidores, facultades de economía de universidades públicas y privadas, etc.).

Para determinar la tasa correspondiente, el juez podrá atender al objeto de la prestación debida, en especial, si enfrenta créditos de naturaleza alimentaria.

5. Las ventajas de la solución propuesta.

La solución que se propone presenta las siguientes ventajas:

(a) Preserva la constitucionalidad de una ley provincial que, como regla, se adecua a la jurisprudencia de la Corte Federal.

(b) Respeta el criterio sabiamente establecido por Vélez Sarsfield en el art. 622 y atribuye al juez la determinación de la tasa en los casos concretos en que la determinación del legislador provincial no se acomoda al sistema constitucional.

(c) Pone límites a la discrecionalidad judicial, en tanto, como regla, el juez debe respetar la ley provincial y adecuar la tasa fijada sólo cuando no cubra la depreciación operada con más la renta que da la tasa pura. A tal fin, el juez también puede valorar la mayor protección que ciertos créditos merecen por tener naturaleza alimentaria.

(d) Ampara la autonomía de la voluntad regularmente ejercida.

(e) Responde a criterios de realidad económica y autoriza al juez a munirse de todo tipo de prueba técnicamente confiable.

(f) No vulnera la prohibición de actualizar que establece la Ley 23.928 y mantiene el art. 4 de la Ley 25.561, en tanto no manda reajustar el capital sino verificar si la tasa de interés respeta o no la integridad del patrimonio del acreedor, constitucionalmente protegido.

(g) Mantiene el criterio jurisprudencial, mayoritariamente aceptado, de que los daños se estiman a la época de la sentencia por lo que, hasta ese momento, rige la tasa pura, que en la provincia es la fijada por la Ley 4087.

## 6. Conclusiones

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas del Tribunal, el plenario debe ser respondido de la siguiente manera:

1. Como regla, la tasa pasiva prevista en la Ley 7198 no es inconstitucional si se la aplica a obligaciones reclamadas judicialmente, por períodos posteriores al momento de la entrada en vigencia de esa ley (26/4/2004), y no existe disposición normativa (convencional o legal) que establezca otra tasa.

2. El acreedor tiene derecho a ser compensado del mayor daño sufrido si acredita que la tasa pasiva no cubre, como mínimo, la desvalorización de la moneda más la tasa pura del 5% prevista en la Ley 4087.

3. Para la determinación de ese daño el juez deberá fundar la decisión en índices provistos por organismos públicos, nacionales y provinciales, y por otras instituciones confiables (asociaciones de consumidores, facultades de economía de universidades públicas y privadas, etc.).

4. Para fijar la tasa correspondiente, el juez podrá atender al objeto de la prestación debida, en especial, si enfrenta créditos de naturaleza alimentaria.

**SOBRE LA MISMA CUESTION EL DR. FERNANDO ROMANO (EN DISIDENCIA), DIJO:**

Que si bien voy a seguir el enfoque que realiza mi prestigiosa colega en el voto que precede me permito disentir con la solución que propugna atento que estimo que la misma volverá a generar resistencia en los Tribunales inferiores como desconcierto en los justiciables que tienen que acreditar el mayor daño sufrido tal como debían hacerlo luego del Plenario "Amaya".

Así señalo que los sólidos argumentos que desarrollan la mayoría de los treinta y tres camaristas que dictaron el plenario de la Cámara Nacional Civil que con precisión detalla la Dra. Kemelmajer de Carlucci me mueven a propiciar que se deje sin efecto la doctrina sentada en el plenario "Amaya", ello más allá de valorar que en nuestra provincia se dictó una ley que fija la tasa pasiva a diferencia de la situación vigente en el orden nacional donde no existe normativa, y que por ende mi decisión importará en definitiva apoyar o no la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 7198 modificada por Ley 7358.

Conforme se ha dispuesto la convocatoria a plenario y según mi visión de la cuestión, estimo que debe darse respuesta a los siguientes interrogantes:

1) ¿Corresponde dejar sin efecto la doctrina sentada en el Plenario "Amaya?", en caso afirmativo: ¿Es inconstitucional actualmente la Ley 7198 modificada por Ley 7358?

2) En caso afirmativo ¿Cuál es la tasa de interés moratorio que corresponde aplicar? Y ¿Desde cuándo es aplicable la misma?.-

Interrogantes 1 y 2.-

Las fluctuaciones de nuestra inestable economía, donde la inflación es igual a cero por una disposición legal totalmente ajena a la realidad en la que hoy estamos inmersos exige la revisión de la doctrina plenaria sentada en el caso "Amaya" (LS 356-50), ello a fin que los intereses moratorios que se apliquen judicialmente cumplan efectivamente con su función resarcitoria.

La prohibición de la actualización monetaria unida a la fijación de las exiguas tasas que resultan de aplicar la "tasa pasiva" que fija el art. 1 Ley 7198 para el cálculo de los intereses moratorios, apareja una efectiva lesión al derecho de propiedad del acreedor y acaba premiando al deudor moroso que lucra con el transcurso del tiempo.

La sola verificación de la diferencia existente entre la tasa pasiva y el cuestionable índice de inflación que informa el INDEC, nos demuestra que la aplicación de aquella ni siquiera permite mantener el valor real del capital adeudado, ni que hablar de la compensación por la mora en el pago de la acreencia. La tasa pasiva es la tasa de interés que pagan las Instituciones Financieras en sus operaciones pasivas (Depósito de Ahorro, depósito a plazo fijo, etc.), en la actualidad la tasa pasiva que cobra el Banco de la Nación Argentina es la mitad de la activa y el análisis comparativo de la evolución de ambas como la ponderación de los índices del INDEC pone en evidencia que su aplicación resulta a todas luces insuficiente para mantener el valor del capital y cubrir el daño provocado por la mora en el pago. Valga como comprobación utilizar la base de Tribunes y realizar cualquier liquidación aplicando una u otra tasa.

Las sentencias deben ceñirse a la situación actual en la que se dictan es decir que deben respetar las circunstancias existentes al momento de su dictado, ello a fin de no restarle operatividad a las mismas. Atento ello y dadas las circunstancias apuntadas resulta a todas luces evidente que la doctrina sentada en el plenario "Amaya" ha sido superada por lo que nos corresponde volver a verificar la razonabilidad actual de la tasa prevista por la Ley 7198 y en su consecuencia decidir si la misma es o no constitucional en este momento.

Como se reseña en el voto precedente se dijo que la Ley 7198 en abstracto no era inconstitucional y que debía probarse en cada caso en concreto el daño que su aplicación causare. La Dra. Kemelmajer reitera esta concepción con la que disiento sustancialmente ya que como he señalado es evidente que en la actualidad la tasa pasiva resulta totalmente insuficiente para compensar el daño ocasionado por la mora del acreedor, así que exigirle al deudor que pruebe la afectación a su patrimonio por aplicación de esa tasa es excesivo ante hechos evidentes y notorios y además resulta problemático y enredado en la tramitación del juicio, pudiendo llegar a provocar aún mayor litigiosidad. Debemos tener presente que las leyes deben ser interpretadas como un conjunto armónico, dentro de un contexto histórico y en forma compatible con la cambiante realidad del universo en la que debemos aplicarla, estudio que nos asegura el respeto al principio de legalidad. Y en el estudio que estamos realizando mantener la vigencia de la tasa pasiva importa negar la realidad circundante y peor aún, reiterando mis dichos, avalar la actitud del deudor moroso que especula con el transcurso del tiempo.

Me adhiero así a los ricos fundamentos desarrollados por la mayoría de los camaristas civiles que en pleno resolvieron la causa "Samudio de Martinez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (La Ley 22/04/2009, 10) cuando tratan el primer interrogante que se propusieran y se inclinan por dejar sin efecto la doctrina anterior que postulaba la aplicación de la tasa pasiva en cuando ésta en la actualidad no cumple acabadamente la función resarcitoria que tienen los intereses moratorios, la que consiste en reparar el daño por el retardo injustificado e imputable en el cumplimiento de la obligación, así como tampoco mantiene el valor del capital de condena.

Atento los fundamentos expresados sostengo que en la actualidad la tasa fijada por la Ley 7198 no supera el test de razonabilidad dado que es ajena a nuestra realidad y por ende propicio que se declare su inconstitucionalidad.

Resalto que la Sala que integro si bien sostuvo que la elección de una tasa u otra tiene sustento en razones de política económica, conforme las circunstancias reinantes en el país en general y en los mercados en particular (LS 381-222), excepcionalmente nos hemos inclinado por declarar la inconstitucionalidad de la Ley 7198 en el caso concreto en casos referidos a reclamos netamente alimentarios respetando las excepciones que pueden configurarse en materia alimentaria (ver LS 373-83; 377-187) y que la Sala Segunda de esta Corte, en materia laboral también declaró en reiteradas oportunidades la inaplicabilidad de la tasa prevista por la Ley 7198 respecto a deudas de carácter alimentario ello ante la evidente diferencia existente entre las tasas pasivas y activas lo que lleva a que la aplicación de la primera importe la licuación o pulverización del valor de condena (ver LS 359-152).

A mayor abundamiento y como colofón de este tópico me permito señalar que el Estado Provincial, que creó la norma, cuando es deudor paga a los administrados acreedores una tasa pasiva que hoy día no supera el 0.740 % mensual, ahora bien cuando es acreedor actualiza las deudas (art. 53 del Código Fiscal) y además prevé el pago de intereses resarcitorios por mora según la tasa que fijen los bancos oficiales por las operaciones en descubierto en cuenta corriente, incrementada hasta en un 50% (art. 55 del Código Fiscal). Actualmente la tasa del Banco Nación por operaciones en descubierto alcanza al 2,5% mensual (sin acuerdo) o al 2% mensual (si hay acuerdo), porcentaje que puede ser incrementado hasta en un 50%, todo con la posibilidad de ejecutar vía apremio. Más allá del interés en proteger la renta pública, es evidente la tremenda disociación entre un rol y otro, la que provoca una inequidad manifiesta al favorecer al Estado acreedor que como es sabido paga siempre tarde, mal y poco (prueba de ello lo es el engorroso trámite de ejecución de sentencias contra el Estado que a diario vemos en esta Corte).

Conclusión:

En función de todos los argumentos expresados y teniendo en cuenta que, como señala mi colega, resulta necesario el seguimiento de las leyes como una de las maneras de controlar su constitucionalidad, ya que la razonabilidad de las mismas depende de su adecuación a los fines que impulsaron su establecimiento y a la ausencia de iniquidad manifiesta, y conforme al ánimo que inspiró el llamado a este Plenario, sostengo - respecto al primer y segundo interrogante - que debe ser superada la doctrina sentada en el plenario "Amaya" declarándose la inconstitucionalidad de la Ley 7198, modificada por Ley 7358.

Tercer Interrogante:

Respecto a cuál es la tasa a aplicarse también me inclino por adherirme a la postura de la mayoría de los camaristas civiles que en pleno resolvieron la causa "Samudio de Martinez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (La Ley 22/04/2009, 10), propi-

ciando que se aplique la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A), la que a la fecha es del 18,85%, en tanto la misma en principio asegura el mantenimiento del capital y la reparación del daño injustamente causado por la demora injustificada.

Ahora bien como señalan algunos de los integrantes del prestigioso Tribunal Nacional, atento que en algunos supuestos podría alterarse el contenido de la sentencia de condena y producirse un enriquecimiento indebido del acreedor, como los jueces no pueden desentenderse de los resultados de las sentencias que dictan recaerá sobre ellos la obligación de verificar en cada caso en concreto si la tasa activa que ordenen aplicar resulta razonable y conlleva un resarcimiento legítimo y justo.

Así repito las conclusiones del plenario al que he aludido cuando expresa que si "...en un determinado caso particular la tasa de interés activa -fijada como obligatoria por el tribunal y que tiene como objeto mantener incólume la significación económica de la condena - arroje un resultado objetivamente injusto ante la realidad, han de ser los jueces los que en la evaluación de estas circunstancias decidirán la aplicación de un interés distinto..."

Cuarto Interrogante:

A partir de cuando debe aplicarse la tasa activa?

En esta cuestión me aparto de la postura mayoritaria asumida en el plenario que reiteradamente he aludido y sostengo que la misma debe regir a partir del dictado del presente, atento que se trata de un supuesto en donde por efecto de las circunstancias una ley cuya inconstitucionalidad debía ser probada en el caso concreto, hoy ha devenido en inconstitucional ya que las tasas pasivas bajas manifiestamente dejan de reparar el daño causado y a veces ni siquiera mantienen el valor del capital.

Ahora bien, ello no impide que respetando la doctrina "Amaya", en cada reclamo judicial particular se verifique si en concreto la tasa pasiva resultaba inconstitucional, pudiendo el sentenciante así declararlo siguiendo los lineamientos que en casos concretos han adoptado las dos Salas de este Tribunal.

Así voto.-

Sobre la misma cuestión los Dres. SALVINI, LLORENTE y NANCLARES, adhieren al voto que antecede.

**SOBRE LA MISMA CUESTION EL DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE (EN VOTO AMPLIATORIO), DIJO:**

Coincido plenamente con el voto preopinante de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci pues comparto su razonamiento y sus conclusiones, a las que únicamente le agregaría una oración en la respuesta al Tercer Interrogante.

El voto del Dr. Fernando Romano me ha hecho reflexionar en el sentido de la grave situación que se presenta en el caso en que el deudor moroso es el Estado provincial; y no solo en aquellos casos en que el crédito ha sido considerado de carácter alimentario, pues en ellos se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma en discusión, sino en aquellos en que no se encuentra en juego un crédito de tal carácter por su monto o por su naturaleza.

De ningún modo podría quedar el Estado provincial beneficiado por una normativa de su propia producción de tal modo de provocar una verdadera ganancia si se mira en contraste con el sistema de actualización que aplica a sus créditos impagos.

Por lo expuesto propicio que el Tercer interrogante sea respondido de tal modo:

"3. Para la determinación de ese daño el juez deberá fundar la decisión en índices provistos por organismos públicos, nacionales y provinciales, y por otras instituciones confiables (asociaciones de consumidores, facultades de economía de universidades públicas y privadas, etc.). Si el deudor fuera el Estado, deberá incluir en su ponderación también los índices y tasas que aplica ese mismo Estado en la percepción de sus créditos tributarios en mora".

Así voto.-

Sobre la misma cuestión el Dr. BÖHM, adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A :

Mendoza, 28 de mayo de 2.009.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

R E S U E L V E :

1) La Ley 7198 ha devenido en inconstitucional atento que la tasa pasiva que la misma fija no cumple con la función resarcitoria que deben tener los intereses moratorios.

2) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.).

3) Los jueces tienen la obligación de verificar si en cada caso en concreto la tasa activa que ordenen aplicar resulta razonable y conlleva un resarcimiento legítimo y justo.

4) La tasa de interés fijada debe aplicarse a partir del dictado del presente plenario, lo que no impide que, en cada caso particular, se verifique si en concreto la tasa pasiva resultaba inconstitucional, pudiendo el sentenciante así declararlo.

Notifíquese.

DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI	DR. FERNANDO ROMANO
DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE	DR. HERMAN SALVINI
DR. PEDRO LLORENTE	DR. CARLOS BÖHM
DR. JORGE NANCLARES	