



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 27 días del mes de febrero de dos mil cuatro, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 167, contra la sentencia de fs. 160/164 vta., dictada en los autos “**OTTONELLO, JUAN CARLOS y otros C/G.C.B.A. S/EMPLEO PUBLICO (NO CESANTIA NI EXONERACION)**” Expte. N° 1065, quienes votan en el siguiente orden: Dr. Horacio G. Corti, Dr. Carlos F. Balbín, y Dr. Esteban Centanaro, resolviendo plantear y votar la siguiente cuestión: ¿es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada, el Dr. Horacio G. Corti dijo:

I. Los actores, preceptores de escuelas transferidas por el Gobierno Federal, demandan al Gobierno de la Ciudad para que se les reconozca una situación salarial equivalente a la de los preceptores de las escuelas que ya pertenecían a la ex Municipalidad.

Sostienen, en lo esencial, que el gobierno local no ha cumplido con la ley 24.029 de transferencia, que son objeto de una discriminación y que, ante la igualdad de tareas, debe reconocerse una igual remuneración.

Por estos argumentos, exigen las diferencias salariales que, a su juicio, les corresponden desde el 1/1/92.

II. La jueza de primera instancia rechazó la demanda e impuso las costas a la parte vencida. Para así decidir, consideró que los actores no probaron adecuadamente la existencia de las diferencias salariales exigidas y que los índices remunerativos que determinaron sus salarios no se apartan del régimen legal aplicable.

III. La parte actora apeló la decisión (fs. 167), recurso que fue concedido (fs. 168) y fundado (fs. 173/175). En su expresión de agravios, sostiene que la insuficiencia del material probatorio agregado a la causa se debe a que la prueba pericial contable, solicitada en la demanda, fue desestimada en su momento (fs. 3 del cuaderno de prueba de la actora), decisión que limitó la posibilidad de acreditar sus dichos.

IV. Para resolver esta causa es preciso considerar el proceso de formación jurídica e institucional del sistema de enseñanza media de la Ciudad (que ya ha sido analizado por esta Sala en los autos “**Iudica, Mariana Ester y otros c/G.C.B.A. (Dirección Administrativa Docente-Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)**”, Expte. N° 2680, sentencia del 24/6/03).

Tradicionalmente la enseñanza media la prestaba el Gobierno Federal, hasta que se dispuso, en 1992, la transferencia de los establecimientos a los gobiernos locales, cfr. la ley 24.049.

Existían, sin embargo, en el ámbito de la ex Municipalidad algunas escuelas. Por un lado, las llamadas de educación “post-primaria”, entre las que se encuentra la Escuela Lorenzo Raggio mencionada en la demanda. Por otro, las escuelas piloto. Éstas surgieron, en 1990, ante la insuficiencia de la oferta educativa proveída por el sistema federal. Así se destaca en los fundamentos del decreto municipal 1182/90, que estableció un plan piloto experimental, cuya continuidad y éxito llevó a su progresiva ampliación, tanto antes como después de la transferencia, cfr. decretos municipales 602/91 y 1480/93.

En ese contexto se da inicio al proceso de transferencia del sistema educativo, cfr. convenio y sucesivas actas complementarias de transferencia. La ley 24.049 dispuso, en lo que aquí interesa, que *“El personal docente, técnico, administrativo y de servicios generales que se desempeñe en los servicios que se transfieren quedará incorporado a la administración provincial o municipal, en su caso, de conformidad a las siguientes bases: a. identidad o equivalencia en la función, jerarquía y situación de revista en que se encontrare a la fecha de la transferencia; b. retribución en todo concepto no inferior a la que se perciba al momento de la transferencia y equiparación a la escala salarial jurisdiccional durante 1992”*.

Al momento de la transferencia, el estatuto docente, cfr. ordenanza 40.593, al clasificar las áreas educativas, sólo incluía el “área de educación post-primaria”, cfr. art. 8, punto V, y expresamente preveía el cargo de preceptor, al que se le asignaba el índice salarial 904 —incorporado por la ordenanza 44.874 del 13/03/91—, cfr. art. 128, punto V (*“Digesto Municipal de la Ciudad de Buenos Aires”*, volumen I, segunda edición, año 1993, pág. 464).

Dicho índice también le fue otorgado a los preceptores de las escuelas llamadas piloto, cfr. surge, por ejemplo, del decreto municipal 486, que crea la planta transitoria de 1993, donde figura el cargo de preceptor, con el índice salarial 904. Y en 1994, cuando el personal docente que se desempeñaba en los planes piloto, a esa altura muy numerosos, fue confirmado como titular, al cargo de base “preceptor” también se le asignó el índice salarial 904, cfr. ordenanza 47.597.

Sin embargo, los preceptores de las escuelas transferidas fueron asimilados mediante el decreto 1203/93 al cargo de “maestro celador”, índice salarial 704, y no al de preceptor, que sí existía.

No cabe duda que para cumplir con lo dispuesto por la ley de transferencia, los salarios de los preceptores debían ser equiparados a los que les correspondía a los preceptores al momento existentes, equiparación no efectuada por el Gobierno de la Ciudad. Adviértase que tanto los preceptores de la escuela post-primaria como los de las



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

escuelas piloto eran considerados de igual manera y se les asignaba el mismo índice salarial.

V. El breve relato que antecede muestra que las escuelas que ya formaban parte de la ex Municipalidad, no tenían una cualidad singular, sino que surgieron, en parte, para satisfacer la demanda educativa insatisfecha por el sistema federal. Su carácter piloto se debía, ante todo, al hecho de ser experimentales desde el punto de visto institucional, en la medida que implicaba generar un área educativa (la media), hasta entonces acotada (jardinería y técnica) y en principio a cargo del Gobierno Federal.

El Gobierno no ha alegado ninguna razón que justifique la diferenciación entre los preceptores. Es más, dicha diferenciación fue juzgada de forma negativa por las entonces autoridades municipales —cfr. art. 18 (transitorio), ordenanza 52.136, de 1997— que previeron la unificación de los índices de los preceptores, aun cuando nunca lo concretaron.

Además, es dicha ordenanza 52.136, de 1997, la que recién modifica las áreas educativas, para incorporar el “área de la educación media y técnica”, cfr. nuevo apartado V, art. 8 del estatuto, donde se reconoce la existencia de sólo dos tipos de escuelas —enseñanza media y de educación técnica—, y en ambos casos la planta funcional puede contar con el cargo de preceptor, sin efectuar distinción alguna.

Es el Gobierno quien debe mostrar qué diferencia a los preceptores aquí actores de los restantes, para no asignarles el índice que se les reconoce a todos aquellos, pues del régimen jurídico docente no surge, de su simple lectura, diferencia alguna.

VI. A diferencia de lo sostenido por la jueza de primera instancia, la cuestión sí se resuelve al considerar la ley de transferencia, pues las autoridades de la ex municipalidad no cumplieron con ella. En consecuencia, los elementos probatorios que puedan indicar la composición de las diferencias salariales no eran indispensables, pues éstas surgen de la simple lectura del régimen jurídico aplicable a los actores.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que de la prueba producida surgen elementos suficientes para tener por acreditados los hechos descriptos por la parte actora.

En efecto, los cargos desempeñados por cada uno de los actores se indican en la carpeta de prueba producida por esta parte (fs. 15/26), donde se detallan los establecimientos educativos donde prestaron tareas y los períodos en los que se desempeñaron.

Asimismo, el índice salarial que se les aplicó a los actores (704 puntos) se informa a fs. 14 de la misma carpeta, mientras que el índice que se les asigna a los preceptores de la Escuela Lorenzo Raggio (904 puntos) consta a fs. 33.

VII. En virtud de todo lo expuesto, considero que la parte actora tiene derecho a las diferencias salariales pretendidas desde el 1/1/93, que es la fecha de entrada en vigor de la equiparación salarial de los docentes transferidos (cfr. art. 8 inc. b) de la ley 24.029 y art. 17 del decreto 353/93).

VIII Corresponde ahora que me expida sobre las costas, que en atención a la forma en que se resuelve y los argumentos expuestos, estimo adecuado imponerlas, en ambas instancias, por su orden ( cfr. art. 62, 2º párr, CCAyT).

IX. Finalmente, es preciso considerar la tasa de interés que corresponde aplicar a las diferencias salariales adeudadas. En relación con este punto, debo concluir que un nuevo análisis de la cuestión me lleva a modificar el criterio de esta Sala expuesto en los autos “*Losada, Carlos Alberto c/GCBA (Secretaría de Gobierno) s/impugnación de actos administrativos*”, exp. 1747.

En primer lugar, es importante destacar que en el derecho público local no hay disposiciones generales expresas referidas a los intereses que debe pagar el Estado en su calidad de deudor. Esta situación genera diversas perplejidades. Así, por ejemplo, en materia de repetición de tributos, la Procuración de la Ciudad ha considerado aplicable el interés referido a las obligaciones tributarias en mora (ver dictamen 385 del 24/10/01, emitido en el exp. 6885/01 y lo dicho por esta Sala en los autos “*11 de Septiembre N° 1553/1579 S.A. c/GCBA s/cobro de pesos*”, exp. 762/0).

Iguales problemas se presentan al momento de fijar los intereses que debe pagar el Estado por las distintas deudas que eventualmente puedan derivar de las relaciones de empleo público.

Para resolver la cuestión, y para llenar el vacío legal local, entiendo que resulta razonable remitirse al derecho federal en materia monetaria, en la medida que la solución que de allí se obtenga sea justa. El eje de dicho sistema monetario sigue siendo hoy la ley 23.928, llamada de convertibilidad. De sus normas reglamentarias surgen las siguientes pautas:

a) El segundo párrafo del art. 8 del decreto 529/91, dispone que “*en oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1º de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia*”.

b) El tercer párrafo del referido artículo y decreto establece que “*El Banco Central de la República Argentina deberá publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer que se aplique a los fines previstos en el art. 622 del Código Civil*”.

c) El decreto 941/91, que reglamenta la ley de convertibilidad en el ámbito de las contrataciones del sector público en curso de ejecución, dispone en su art. 5, párrafo quinto



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

(incorporado por el art. 1 del decreto 2289) que: “*Los intereses moratorios que correspondan por los pagos que se hubieran realizado o que se realicen fuera de término a partir del 1 de abril de 1991, se calcularán conforme al promedio de tasas de interés pasivas mensuales para operaciones en pesos que publica el Banco Central de la República Argentina, de acuerdo a su comunicado N° 14.290 del 5 de agosto de 1991*”.

d) El decreto 1339/93, que introduce precisiones en el sistema reglado por el decreto 2289/92, dispone en su art. 6 lo siguiente: “*Aclárase que el Decreto N° 2289 de fecha 2 de diciembre de 1992, sólo es de aplicación a aquellas deudas actualizadas hasta el 1° de abril de 1991 por el método de indexación dispuesto por las Leyes N° 21.391, N° 21.392 y toda otra norma legal, reglamentaria o contractual análoga, y con carácter supletorio en todos los demás casos en los que no existan normas legales, reglamentarias o contractuales especiales que hayan dispuesto otra tasa de interés para el caso de mora en los pagos*”.

De las pautas precedentes se desprende, entonces, que para mantener incólume el valor de la moneda en momentos de estabilidad monetaria corresponde en principio calcular los intereses de acuerdo a la tasa pasiva que fija el BCRA, criterio que comparto (cfr. entre otros, Alterini, Atilio Aníbal, “*La Corte Suprema y la tasa de interés: ¿De un quietus a un móvilis?*”, La Ley, tomo 1994-C, pag. 801).

Así, por lo demás, interpretó la cuestión la Corte Suprema en la causa “*YPF c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ Cobro de Australes*” (Fallos: 315:158; ver en particular los considerandos 31 y 32 del voto de la mayoría).

Lo dicho también impone, a su vez, aplicar la tasa activa por el período inmediato posterior a la entrada en vigencia de la ley 25.561, momento en el cual el país vivió un coyuntural período de inestabilidad como consecuencia de las características singulares que tuvo el proceso devaluatorio de la moneda.

Deben entonces calcularse a la tasa activa que publica el BCRA sólo los intereses correspondientes al período enero/septiembre de 2002, pues a partir de dicha fecha la situación monetaria ya se ha estabilizado.

X. Por lo tanto, a mérito de las consideraciones expuestas, jurisprudencia citada, normas aplicables al caso y oída la Señora Fiscal de Cámara, se propone al acuerdo que en caso de ser compartido este voto se resuelva: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada; 2) Costas por su orden (artículo 62 CCAyT).

A la cuestión planteada, el Dr. Carlos F. Balbín dijo:

I. Adhiero a los puntos I a VIII del voto del Dr. Corti.

II. En relación con la tasa de interés en el *sub lite*, considero que resulta de aplicación, por analogía y a falta de otra regulación específica propia del derecho administrativo, el artículo 622 CC, que establece que “*el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiese fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar*”.

Ahora bien, resta determinar, entonces, si existe una ley especial que establezca la tasa a reconocer en concepto de interés moratorio. Cabe señalar al respecto que luego de la sanción de la ley N° 23.928, -que prohibió con posterioridad al 1° de abril de 1991 toda actualización monetaria, indexación o repotenciación de deudas, cualquiera fuese su causa y aún para los casos en que exista mora del deudor-, el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó esta ley a través de los decretos 529/91 y 941/91. El segundo de ellos estableció en su artículo 10 que “*en oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1° de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia. El Banco Central de la República Argentina deberá publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer que se aplique a los fines previstos en el art. 622 del Código Civil*” (énfasis agregado).

Así las cosas, no cabe duda de que el Decreto 941/91, modificatorio del Decreto 529/91, constituye una ley especial que, en los términos del artículo 622 CC, determina el interés moratorio a aplicar, a falta de convención en contrario.

Corroborar la afirmación precedente lo establecido en el artículo 5° del referido decreto -luego de la modificación introducida por el Decreto 2289-, que dispone que “*los intereses moratorios que correspondan por los pagos que se hubieran realizado o que se realicen fuera de término a partir del 1° de abril de 1991, se calcularán conforme al promedio de tasas de interés pasivas mensuales para operaciones en pesos que publica el Banco Central de la República Argentina, de acuerdo con el comunicado N° 14.290 del 5 de agosto de 1991*”.

Por su parte, la Corte Suprema ha dicho al respecto que “*es a esa tasa [tasa pasiva promedio que publica el BCRA], entonces, a la que regularmente se deberá acudir (...) Caso contrario la desindexación perseguida por la ley de Convertibilidad mediante la supresión, en general, de los procedimientos de actualización sustentados en la utilización de indicadores, quedaría desvirtuada por la aplicación de la tasa de interés activa, ya que ésta, especialmente a partir de la vigencia de la nueva ley, ha superado sustancialmente los índices de precios que venía aplicando este tribunal, por lo que no mantiene incólume el*



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*contenido económico sino que genera en el patrimonio del acreedor un enriquecimiento incausado”. Agregó además que “a igual solución se arribaría aún en el supuesto de fundar la decisión exclusivamente en lo regulado por el art. 622 del Código Civil. Por empezar, no sería necesario hoy integrar por analogía la solución del caso, como en su momento ocurría con el art. 565 del Cód. de Com., ya que la ley especial a que reenvía el art. 622 prealudido estaría constituida, precisamente, por el artículo 10 del Decreto 941/01” (CSJN, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Corrientes, provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes”, sentencia del 3 de marzo de 1992, ED 146-321).*

No obstante, para el período posterior al 6 de enero del corriente año, otra solución se impone. Ello así, porque en esa fecha entró en vigencia la Ley n° 25.561 –Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario- que, si bien mantuvo el criterio respecto a la no admisión de actualizaciones monetarias, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuese su causa y haya o no mora del deudor, derogó, por otro lado, la convertibilidad que establecía la ley N° 23.928. En consecuencia, la pesificación, así como la autorización de índices de actualización en ciertos supuestos y, sobre todo, la devaluación resultante del abandono de la paridad del peso con el dólar, tornan insuficiente el resarcimiento que resultaría de aplicar la tasa pasiva para el cálculo de los intereses. De esta forma, a fin de paliar los efectos inflacionarios y evitar la consiguiente afectación del derecho de propiedad que deriva de la pérdida de valor adquisitivo del capital, durante el período en el cual se produjo un acentuado proceso devaluatorio del valor de la moneda corresponde aplicar, en su lugar, la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina.

Así las cosas, estimo que el período en el cual corresponde aplicar la tasa activa para calcular los intereses solamente se extiende entre los meses de enero a septiembre del año 2003. Ello así porque, a partir de octubre de ese año, la situación monetaria se ha estabilizado -tal como atestigua la evolución de los índices de precios al consumidor que publica el INDEC-, razón por la cual la mencionada tasa resulta suficiente para compensar adecuadamente al acreedor por la indisponibilidad del capital durante dicho período.

Por los argumentos antes expresados, considero que, hasta el 6 de enero de 2002 corresponde aplicar la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina. A partir de esa fecha y hasta el 30 de septiembre de 2002, deberá aplicarse, en cambio, la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina. Finalmente, desde el 1° de octubre de ese año y hasta el momento del efectivo pago del monto de la condena, es procedente aplicar nuevamente la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina.

A la cuestión planteada, el Dr. Esteban Centanaro dijo:

I. Adhiero a la solución propiciada por mi colega preopinante, Dr. Corti. Sin embargo, disiento con los fundamentos expuestos en su meritorio voto con relación a la tasa de interés a aplicar a los salarios caídos. Por ese motivo, propongo que el considerando IX quede redactado en los siguientes términos.

II.I En nuestro derecho positivo con la palabra interés se designa, ora un quid que representa el precio por el uso de un capital, al que se denomina “interés lucrativo”, ora a un quid que sirve de indemnización por el retardo en cumplir una obligación, llamado “interés moratorio”, ora a un quid que reprime la conducta procesal, conocido como “interés sancionatorio” (conf. López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Tomo 5 Parte Especial (4)*, Zavalía Editor, Buenos Aires 1995, pág. 255); o bien, como define Busso (Busso, Eduardo B., *Código Civil Comentado*, Ediar, Buenos Aires, 1951 T. IV, pág.621) intereses en las obligaciones son los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como indemnización por un retardo en el cumplimiento.

A su vez existen diferentes clases de intereses. Como bien enseñan Alterini, Ameal y López Cabana ( Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995 pág. 458) atendiendo a su origen son voluntarios y legales y desde el enfoque de su finalidad, los primeros se clasifican en lucrativos y punitivos y los segundos en retributivos y moratorios.

Como ya se ha dicho, entre los muchos existentes diferenciaremos los compensatorios, que son pactados entre partes y se pagan por el "uso" del capital, y los moratorios o punitivos, que se establecen como sanción por el incumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones asumidas. Estos dos tipos de intereses tienen objetivos y motivos distintos. Así, el interés compensatorio se fija como retribución y a su vez ganancia que el acreedor obtiene por el préstamo del dinero, teniendo en cuenta el riesgo del recupero, el plazo para el mismo y la solvencia del deudor mientras que el punitivo se establece para el caso en que el deudor no abone en término los intereses compensatorios o no restituya el capital en tiempo y forma, intentándose con él desalentar el incumplimiento, aceptando en consecuencia que pueda ser incluso mayor que el compensatorio. A su vez, los intereses moratorios tienen idéntica finalidad que los punitivos y proceden en los mismos supuestos, difiriendo en la circunstancia de que éstos son expresamente previstos por las partes y aquéllos no. Siendo el interés compensatorio el precio que se paga por gozar de un capital ajeno, se diferencia del interés moratorio, que se debe por el atraso en que se incurre con referencia a una obligación, o sea que se presupone una conducta antijurídica por violación de la ley o por incumplimiento de un contrato. En cambio, el compensatorio es ajeno a toda idea de responsabilidad y de indemnización: es la contraprestación destinada a asegurar el equilibrio en la relación jurídica que generó la deuda de capital a la cual el interés accede





## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

(conf. Gastaldi, José María y Centanaro, Esteban, *Contratos Aleatorios y Reales*, Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1998, p. 243 y ss.).

También la jurisprudencia ha resuelto que “*Los intereses voluntarios nacidos de una convención pueden ser lucrativos –compensatorios- o punitivos –moratorios-. Los primeros son frutos civiles del capital, en el sentido del art. 2424 del Código Civil y se encuentran previstos en materia de obligaciones dinerarias con el alcance del art. 621 del citado Código. Los segundos, en cambio, resultan de la ley y, de conformidad con el art. 622 del Código Civil, siempre corresponderá su pago, aún cuando no hayan sido expresamente convenidos entre el acreedor y deudor. Los intereses punitivos son los moratorios expresamente previstos en el contrato y representan una modalidad de la cláusula penal moratoria. Los intereses compensatorios o lucrativos traducen el precio del uso del capital y resultan ajenos a toda idea de responsabilidad, a diferencia del interés moratorio - punitivo en la especie - que se fija como sanción al incumplimiento de una obligación*”. (conf. CNCIV. Sala A, 9/5/1994. “Pérez Moreno de Salonia, Elsa y otros c/ Loiacono, Celia Z.” LL del 12/8/94).

Económicamente, el interés compensatorio equivale a una renta; jurídicamente, puede considerarse como un fruto civil del capital, esto es, que se obtiene de la cosa como “contraprestación del disfrute que otros realicen de ella”, como dice el art. 820 del Código Civil Italiano. El concepto de fruto civil entre nosotros surge del art. 2330 y está definido como aquello que proviene del uso y goce de una cosa y también de la privación de su uso. También el art. 2424, in fine, establece que “*Son frutos civiles las rentas que la cosa produce*”. El concepto de fruto está vinculado a la condición de accesoriedad; los intereses compensatorios son un accesorio del crédito que los produce, y tal carácter está reconocido expresamente en los arts. 1458 y 3111 C.C.

Se diferencia también el interés moratorio, de los daños e intereses pues éstos son una forma de indemnización cuya cuantía debe probarse, mientras que el primero no requiere prueba. En este orden de ideas, la deuda de intereses existe aún cuando no se demuestre perjuicio alguno por la morosidad del deudor, pues la ley ha presumido la relación de causalidad y correlativamente la indemnización se establece según una tasa fija, independiente del daño efectivo.

Debe tenerse en cuenta que los intereses moratorios son la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias (conf. Busso, op. cit. pág.294) o como bien enseñan Alterini, Ameal y López Cabana (op. cit pág.279) que constituyen la indemnización debida por los deudores de dinero, y que no es necesario producir prueba alguna sobre el daño (conf. Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Felix A., *Derecho De Las Obligaciones*, Platense, La Plata 1969 T. 1 pág.583).

Con su clásica claridad de conceptos Galli expresa que “el interés como obligación única en las obligaciones de dinero puede responder lo mismo al concepto de daño emergente que al de lucro cesante. El acreedor que espera la suma debida para aplicarla a la producción de renta, recibe el interés como daño del retardo, en la categoría de utilidad dejada de percibir. El acreedor que necesita la suma que le es debida, para hacer frente a una obligación y al no recibirla tiene que pagar interés para recibirla en préstamo, compensará con el interés moratorio, el empobrecimiento que su patrimonio sufre con el retardo” (en Salvat, Raymundo M, Tratado de Derecho Civil Argentino, TEA, Buenos Aires 1954. pág. 433).

II. II En cuanto al aspecto normativo, de acuerdo al art. 622 del Código Civil, primer párrafo, “*El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar*”. A su vez, la misma codificación establece explícitamente la obligación del deudor que ha incumplido la obligación – o que la ha cumplido parcial o deficientemente- de abonar daños e intereses (conf. art. 515 C. Civil).

En tal sentido, se advierte que la legislación civil privilegia la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la determinación de la tasa de interés, otorgando carácter subsidiario a la operatividad de la ley que los hubiese determinado. Ello se desprende con claridad, también del art. 621 de la codificación, que establece “*La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se hubiesen convenido entre deudor y acreedor*”.

Ya el codificador en la nota al artículo 622 explicó los motivos de la decisión de no fijar una tasa de interés en los siguientes términos: “*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*”.

El problema radica en que si bien el interés es admitido, no puede serlo de manera ilimitada, porque si se abusa de ellos se cae en la usura, universalmente repudiada. En este punto se centra la oposición entre la autonomía de la voluntad y los principios morales, oposición cuya conciliación ha preocupado desde la antigüedad. La historia del derecho señala distintos criterios sustentados tanto en lo concerniente a la posibilidad y justificación de pactar intereses como el monto de éstos.

En muchos casos las leyes y pensadores de la antigüedad condenaron como injusto y extorsivo el préstamo a interés. Las leyes mosaicas lo prohibieron entre los hebreos, pero lo permitieron con los extranjeros (conf. Deuteronomio, cap. 23, vs. 19 y 20; Exodo. cap. 22, v. 25; Levítico, cap. 25. vs. 35 a 37; Ezequiel, cap. 18, v.13). Aristóteles en “La



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Política” enseña que el dinero debe servir únicamente para el cambio, y que todo interés es dinero producido por el dinero mismo, y esa multiplicación es contraria a la naturaleza. Otros pueblos antiguos, en cambio, como los fenicios y los sirios, aplicaban el cobro de intereses sin limitaciones en el mutuo. En Grecia ocurrió lo mismo. La tasa llegaba al 12%, pero solía elevarse hasta el 48%. Sin embargo se introdujeron reformas para evitar que el deudor respondiera con su persona si no cumplía. Además, no perjudicaba mayormente porque en general el dinero se empleaba en operaciones lucrativas. En Roma también se permitió, pero en ocasiones diversas, leyes limitaron la tasa y combatieron la usura. La doctrina de los Padres de la Iglesia fue contraria a toda forma de interés convencional y en especial al mutuo fructífero. Estas ideas fueron aceptadas casi unánimemente por las leyes civiles de la Edad Media, tanto en Italia como en Francia y en los pueblos germánicos. Por excepción, algunos estatutos de ciudades -Verona, Parma, Mesina- se apartaron del sistema prohibitivo. En el siglo XVIII comenzó a manifestarse una evolución tendiente al apoyo de las estipulaciones sobre intereses. De ahí que en Francia la Asamblea Constituyente legitimó el préstamo con interés, con una tasa máxima del 5%. En el antiguo derecho español se autorizaba el interés (Fuero Juzgo, Fuero Real, Fuero de Navarra). Posteriormente, bajo la influencia del derecho canónico, la legislación prohibió el préstamo a interés, declarándolo contrario al derecho divino y persiguiendo a quienes lo practicaban, amenazándolos con severas penas. Las Partidas negaban validez a la promesa de pagar intereses (Partida 5a., ley 31, tit. 11). Sin embargo, se señala que la usura no era considerada delito y que los monarcas percibían préstamos a interés para sobrellevar sus gastos de guerra.

Hoy en día, es principio aceptado uniformemente el de la legitimidad del interés y el de la posibilidad de que las partes concluyan convenciones fijándolo.

A su vez y tal cual surge con claridad de la normativa anteriormente transcrita (art. 622 del Código Civil), ante la ausencia de un interés convencional o legal, deberá el juzgador fijarlo, pero su determinación no será arbitraria sino siguiendo las mismas pautas que precedentemente hemos indicado para el interés compensatorio y teniendo en cuenta el principio de que el deudor moroso es responsable de los perjuicios ocasionados al acreedor, pero sin perder de vista aquél que se enuncia como el del *favor debitoris*.

II.III Como ya tuve oportunidad de expresar (*El Contrato Oneroso de Renta Vitalicia*, Ed. De Belgrano, Buenos Aires, 1996, pág. 68) en nuestro país el tema de la revalorización o indexación sufrió un largo proceso de transformación doctrinario, jurisprudencial y legal.

En un principio rigió sin lugar a dudas el principio del nominalismo, eventual heredero del metalismo y que había tenido expresa consagración legislativa en el anterior artículo 619 del Código Civil, posición hoy ratificada en el actual artículo 619, atento el texto de la ley 23.928. Posteriormente se comenzó a hacer un distingo entre deudas de valor y deudas de moneda para solo reajustar las primeras, admitiéndose luego el reajuste de las segundas como consecuencia de la mora del deudor, para por último admitirse en base a la tesis del valorismo la actualización generalizada sin hacer distingo alguno, criterio en la actualidad abandonado por el legislador mediante el dictado de las leyes 23.928 y 25.561.

En nuestros días, con el cese de la convertibilidad se produjo una modificación en la moneda nacional. Desde ese momento dejó de existir el peso convertible. La ley de convertibilidad creó en su momento una nueva moneda; dejó de existir el austral y nació el peso al que debemos agregarle la calificación de convertible y para diferenciarlo de la moneda existente antes del austral y del peso argentino. Al derogarse explícitamente la posibilidad de que el Banco Central venda a requerimiento del público dólares a la paridad uno a uno con el peso convertible, es evidente que se extinguió aquella moneda dando nacimiento a otra también denominada peso pero a la que le debemos agregar el calificativo de inconvertible.

Además la ley 25.563 de emergencia trajo nuevas relaciones de valor para el tipo de cambio juntamente con la sanción del decreto 260 del 2002 que puso en vigencia un régimen de cambio libre. El hecho de la aparición del peso inconvertible puede ponerse en duda la razonabilidad de la ley 23.928 en tanto cuanto impide indexar la obligaciones dinerarias sumado ello a la modificación del art. 619 del Código Civil.

Enseña Elena Highton que *“Se llaman operaciones activas aquellas por las que la entidad financiera presta su dinero a un cliente. La tasa activa es la que le cobra al prestatario, la tasa pasiva es la que se paga al inversor. Una operación pasiva es la que capta capital del público. El interés de las operaciones activas es más alto que el de las pasivas. (...) A aquel que tiene invertido su dinero se le abona la tasa pasiva; quien tiene que pedir dinero prestado a una institución deberá abonar la tasa de interés para operaciones activas. Existe daño emergente para el acreedor cuando no cuenta con la suma debida para saldar una deuda suya y debe conseguir el dinero al efecto mediante el pago de interés por el préstamo. En cambio, existirá lucro cesante para el acreedor si éste deja de percibir una utilidad que esperaba obtener del dinero que se le debe mediante la aplicación a la producción de renta. Para restañar el perjuicio, en el primer caso, le correspondería percibir de su deudor la tasa activa y en el segundo la pasiva. Ambas tasas no coinciden no sólo porque suelen ser manipuladas como herramienta de política económica, sino porque entre ellas se coloca el gasto de intermediación bancaria. El llamado spread puede ser mayor o menor dependiendo de múltiples factores. Descartada la previsión por desvalorización monetaria a partir de la Ley de Convertibilidad, la tasa activa se conforma con: a) costo que abona la entidad al inversor que colocó el dinero:*



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*tasa pasiva, b) gastos de mantenimiento en cartera; c) previsión por riesgo de incobrabilidad; d) gestión de deudores morosos; e) carga fiscal; f) costo por encaje bancario; g) costo de funcionamiento de la infraestructura; y h) tasa real pura o ganancia del acreedor*". (Highton, Elena, *"Interés: clases y punto de partida"*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni Editores, 2001-2, p. 96 y sgtes.).

Sobre el tema Alterini ha señalado que *"la tasa pasiva se vincula con el lucro cesante del acreedor insatisfecho, cuando no ha podido colocar su dinero en un banco y percibir la tasa correspondiente al ahorro; la activa con su daño emergente cuando ha debido pagar a un banco lo que éste cobra por prestar dinero. Los intereses pueden representar la reparación de uno o de otro, pero la tasa activa, que se relaciona con el costo del dinero, resulta más adecuada al daño emergente sufrido por el acreedor en los casos en que a raíz del incumplimiento de su deudor se vio precisado a obtener en préstamo lo que se le debía"* (Alterini, Atilio Aníbal, *La Corte Suprema y la tasa del interés: ¿De un quietus a un mobilis?*, LL 1994-C, p. 801 y sgtes.).

II.IV Llegado este punto, cabe señalar que con relación a los intereses moratorios fijados por el juez, en precedentes tanto de esta Sala como de la Sala II el suscripto venía afirmando que correspondía aplicar la tasa pasiva en el interés moratorio judicial aún después del 6 de enero de 2002. Este fue el criterio sostenido en autos *"Soto Juan Bautista y otro C/GCBA (Hospital Durand) s/Daños y Perjuicios"*, Expte. N° EXP -1343", sentencia del 14 de febrero de 2003, entre otros.

No obstante ello, un nuevo análisis de la cuestión a la luz de la nueva realidad económica del país, me lleva a cambiar el criterio sustentado en esos precedentes y a propiciar la aplicación de la tasa activa promedio del Banco Nación para las operaciones de descuento de documentos comerciales a partir del 6 de enero de 2002. Dentro de este marco, resulta conveniente reseñar el marco legal vigente para establecer si resulta posible la fijación de la tasa activa.

La ley 25.561 (BO 07/01/2002), modificó en su art. 4, en cuanto aquí interesa, los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (ley de convertibilidad), omitiendo referencia a la fecha de inicio de la convertibilidad –derogada por el art. 3 de la ley 25.561- y reemplazando la denominación "austral" por "peso".

En consecuencia, actualmente los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 disponen en su parte pertinente que *"En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto"* (art. 7, énfasis

agregado) y “*Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar” (art. 10, énfasis agregado).*

Por su parte, el art. 5 del decreto 214/2002 (BO 04/02/2002) ratificó lo normado por los artículos arriba transcritos y reafirmó la prohibición de las cláusulas de reajuste.

Así delimitado el panorama normativo vigente, me es dable concluir que no hay obstáculo legal alguno que impida aplicar la tasa activa.

En efecto, es cierto que las normas vigentes prohíben la indexación de las deudas, pero el establecimiento de la tasa activa no debe confundirse con ésta.

Indexar, es un barbarismo que implica ajustar directamente el capital, según un índice que se supone adecuado a fin de medir la incidencia de la disminución del valor de la moneda. Este término fue utilizado, tal vez por primera vez en el campo jurídico, por Jean Pierre Doucet en su libro *L'Indexation* publicado en París en 1965 con prefacio de Henri Mazeaud.

Lo que la ley 23.928 ha prohibido son los medios directos de ajuste del capital. En torno a este punto hago mía la opinión de Alterini, Ameal y López Cabana (op. cit, p. 478). Estos autores distinguen entre medios directos y medios indirectos de actualización del capital, siendo los primeros un mecanismo apto por el cual se la introduce en el campo del valorismo y se la sensibiliza a los índices correctores mientras que los segundos no operan para producir la repotenciación de una suma determinada histórica sino que concretan cierta expresión en moneda actual.

El pago de intereses a la tasa activa en el supuesto de autos es sólo una consecuencia inmediata y necesaria de la mora del deudor. “No tiene por fin repotenciar directamente las deudas sino que constituye una indemnización por dicho incumplimiento culpable, de manera que el acreedor se vea adecuadamente compensado por el retardo que el deudor ilegítimamente le impuso para el cobro de su crédito. De otro modo, se afectaría el derecho de propiedad y principios como el de la reparación integral del daño y el enriquecimiento sin causa del deudor” (esta Sala *in re* “Química Erovne SA contra G.C.B.A. (Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá”- Secretaría de Salud) sobre cobro de pesos”, Expediente N° 2318/0, sentencia del 19 de septiembre de 2002).

De acuerdo con lo expuesto, entiendo que el período durante el cual corresponde aplicar la tasa activa es el comprendido entre el 6 de enero de 2002 y el 30 de septiembre del mismo año. Ello por cuanto, tal como se desprende de los índices de precios al



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

consumidor que publica el INDEC, a partir del 1° de octubre de ese año puede considerarse que la situación monetaria se ha estabilizado. Por ello, estimo que desde esa fecha –1° de octubre de 2002- resulta adecuado calcular los intereses a abonar a la tasa pasiva que publica el BCRA.

En síntesis, entiendo que corresponde aplicar la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina para calcular los intereses en el período comprendido entre el 6 de enero de 2002 y el 30 de septiembre de ese año; mientras que deberá recurrirse a la tasa pasiva que publica el BCRA para fijar los intereses devengados en periodos anteriores al 6 de enero de 2002 y posteriores al 30 de septiembre de ese año.

II. V Asimismo, debo poner de resalto que el tema de la tasa de interés a fijar es esencialmente variable ya que se encuentra ligado a la realidad económica por la que atraviese el país. De lo contrario, se arribaría a soluciones injustas.

Esta particularidad ha provocado pronunciamientos en diversos sentidos de distintos tribunales.

Así, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que los intereses posteriores a la entrada en vigencia de la ley 23.928 se deben calcular a la tasa vencida que aplica el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, pues se trata de compensar al acreedor por la mora en que incurre el deudor, siendo propio del sentido común que éste perciba como interés la misma tasa que debería pagar a un banco para tener dinero que el deudor es moroso en pagarle (conf. Cám. Nac. Apel. Civ. Com. Fed., Sala I, “Schwartz c/ Instituto de Servicios Sociales”, 02/03/1999).

Por su parte, la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el fallo plenario “Vázquez, Claudia c/ Bilbao, Walter s/daños y perjuicios” (02/08/1993, LL 1993-E, 126), ha establecido que procede la aplicabilidad de la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina mensualmente en casos de ausencia de convención o de leyes especiales.

Ahora bien, a partir del 6 de enero de 2002, la aplicación de la tasa pasiva fue mantenida por las salas A (“Felipone, Carlos Adolfo c/Pacheco Horacio”), B (Brizuela Nicolás c/El Puente SA”), C (“Velez, Luis Reynaldo c/Vázquez Mariano”), E (Sosa, Carlos Alberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”), F (Castillo, Néstor Román c/Sifo, Leandro Oscar y otro”), J (“Freijo de Berger, Beatriz c/Longo, Claudio”, sin perjuicio de lo que pudieran plantear las partes en la etapa de ejecución de sentencia) y M (Shabetai, Rafael c/López Paris”). Por el contrario, las salas D (Gonzalez, Lorenzo c/Damicco, Miguel”), H (“Margottini, María José c/Iatosti, Humberto”) y L (“Mediconex SA c/Lauck, Juan Edelmiro y otros”) dispusieron la aplicación de la tasa activa cartera general pesos préstamos que fija el Banco de la Nación Argentina a partir del 6 de enero de 2002; y las

Salas G (“Moreno, María Esther c/Viroulaud, Leonardo Ramón”) y K (“Gómez, Pedro c/Transportes Metropolitanos Gral. San Martín”) fijaron la tasa del 5% mensual. La Sala I, por su parte, difirió la cuestión a la etapa de liquidación (“Cardillo, Juan Carlos Argentino c/Filipini, Stella Maris”).

Cabe agregar que el día 11 de noviembre de 2003, por autoconvocatoria dispuesta por Acordada 1017 del 8 de julio de 2003, la Exma. Cámara Civil habría decidido mantener la doctrina del mencionado plenario “Vázquez” (conf. *eldial.express*, 13-11-2003).

La Cámara de Apelaciones en lo Comercial en pleno en los autos “SA La Razón s/Quiebra s/inc. de pago de los profesionales (art. 288)”, sentencia del 27 de octubre de 1994, sostuvo que exceptuados los créditos propios de entidades financieras, en ausencia de convenciones o leyes especiales, no procede por aplicación de la ley 23.928 fijar, a partir del 1º de abril de 1991, el interés a la tasa pasiva.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante la Resolución de Cámara Nº 8 del 30 de mayo de 2002, resolvió *“sustituir el texto resuelto en Acta CNAT 2357 del 7 de mayo de 2002 por el siguiente “Acordar que, sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de diciembre de 2001, a partir del 1º de enero de 2002 se aplicará la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según la planilla que difundirá la Prosecretaría General de la Cámara”.*

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal ha resuelto que *“la tasa de interés dispuesta por el Sr. Juez [la que percibe el Banco Nación en sus operaciones de descuento a treinta días] se ajusta a la jurisprudencia de la Sala a partir de la causa 2094/02 “Sanatorio Panamericano” con voto del Dr. Perez Delgado del 26.5.94. Por otra parte, que igual criterio es seguido por la Sala II (causa 6378/92 del 8.8.95 y la Sala III (causa 9397/93 del 27.10.94) de este tribunal, de tal modo que se ha configurado al respecto una suerte de “plenario virtual”, por lo cual corresponde aplicarla desde la fecha tomada como punto de partida y hasta el 31.12.99. A partir de ese momento, deberá aplicarse la tasa que corresponda por aplicación de la ley 26.344 y su decreto reglamentario”* (TC Haedo SRL c/Instituto de Servicios Sociales Bancarios”, del voto del Dr. Martín Diego Farrel).

Por último, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “YPF c/Prov. de Corrientes” y “López” resolvió que correspondía aplicar la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA, el mismo Tribunal ha dicho posteriormente en los autos “Banco Sudameris c/Belcam SA”, abandonando el criterio anterior, que la determinación de la tasa de interés no genera una cuestión federal y sostuvo que correspondía diferir la cuestión a la discreción interpretativa de los jueces de la causa. En torno a este punto, ya ha puesto de relieve el Tribunal Superior de Justicia que “aún desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia, sólo en materia federal la doctrina que establecen las sentencias constituye una directiva a la que deben conformar sus decisiones los jueces de instancias





***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

anteriores (in re: “Cerámica Lorenzo”, Fallos: 307:1094, sentencia del 4 de julio de 1985) y, en todo caso, nada impide sostener un criterio distinto cuando se exponen fundamentos que no fueron considerados y que se consideran válidos para llegar a diferente conclusión (Fallos: 304:900)” (del voto de la jueza Ana María Conde en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en `Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (Resolución N° 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR”, sentencia de fecha 26 de marzo de 2002).

En este sentido dejo expresado mi voto.

En mérito a las consideraciones vertidas, el Tribunal **RESUELVE:** 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada, ordenando que se le abonen a los actores las diferencias salariales pretendidas desde el 1/1/93, con sus intereses de acuerdo al siguiente criterio: se aplicará la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, salvo los intereses correspondientes al período enero/septiembre de 2002 en que se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina; 2) Costas por su orden (art. 62 CCAyT).

Horacio G. Corti  
Juez de Cámara

Esteban Centanaro  
Juez de Cámara

Carlos F. Balbín  
Juez de Cámara