TOMO XX **-SENTENCIA-** T.S.J..-

REGISTRO Nº 676

FOLIO Nº 3922/3927

PROT. ELECT. **TSS1** 004 **S.211**

Río Gallegos, 26 de febrero de 2021.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"GONZALEZ ALICIA JULIA c/ GUIFFREY HUGO ALBERTO s/ ORDINARIO",** Expte. Nº **G-1239/08** (G-2057/15-TSJ), venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, a fin de resolver, en primer término, la excusación formulada por la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández, que a foja 606 expresa: "Motiva esta decisión el hecho de encontrarme comprendida en la causal prevista en el artículo 17, inciso 7º del Código Procesal Civil y Comercial, por remisión del artículo 30, primera parte, del mismo cuerpo legal, toda vez que la suscripta ha integrado el tribunal que dictó la sentencia de fs. 554/568 vta. y el interlocutorio de fs. 582/585.".-

En razón de los motivos que fundan la excusación de la Magistrada, encuadrándose en la normativa impuesta por el artículo 17, inciso 7º del CPC y C, en virtud de lo normado en el artículo 30 del citado texto legal, corresponde hacer lugar a la excusación deducida.-

II.- Asimismo, los presentes autos vienen a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, a fs. 573/576, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 554/568 vta., la cual modifica parcialmente la sentencia de primera instancia, estableciendo que la suma de condena devengará intereses según la tasa activa que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días.-

La recurrente aduce en sus agravios quebrantamiento de forma y violación de la doctrina legal.-

Afirma que: "...la sentencia del Tribunal ad quem resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por mi parte contra la sentencia de primera instancia, por la cual se hace lugar parcialmente a la demanda objeto de la litis, condenando a mi parte al pago de la suma de $ 180.000 a la parte actora, en concepto de compensación por equidad por disolución de comunidad de intereses, fruto de una relación de concubinato existente entre las partes por el término de 12

años, hasta diciembre de 2007." (cfr. foja 574). Se agravia que la Excma. Cámara de Apelaciones haya considerado que no es aplicable la doctrina legal de este Tribunal Superior de Justicia en lo que respecta a la aplicación de la tasa pasiva de interés, como lo hace la jueza de Primera Instancia. En este sentido expresa: "...la señora Jueza de Grado, cita y aplica dicha doctrina legal para fundar la procedencia de la tasa pasiva, en un fallo del TSJSC que fue dictado dentro del mentado plazo de tres años, ya que dicho precedente data del 19 de noviembre de 2010, y la sentencia inicial fue dictada con fecha 31 de mayo de 2013..." (cfr. foja 574 vta.). Cita distintos antecedentes de este Alto Cuerpo que considera constituyen la doctrina legal en lo que respecta a la aplicación de la tasa pasiva (cfr. foja cit.).-

Por otro lado entiende que: "...el ad quem hace lugar al agravio de la parte actora, declarando procedente la aplicación de la tasa activa, cuando dicha cuestión recién es introducida al momento de expresar agravios contra la sentencia de grado, y no en el momento de interponer la demanda, ocasión en que la interesada debió solicitar expresamente la aplicación de la tasa de interés pretendida. Que en efecto, la parte actora en oportunidad de radicar la demanda no hace mención a la tasa de interés pretendida (fs. 56/59 vta.), recién al subsanar el defecto legal de la misma a fs. 75/76, define su pretensión [en] términos pecuniarios del siguiente modo: '...$ 370.000 (Pesos Trescientos Setenta mil), tomando como referencia el valor de subasta, con más los intereses y costas a cargo del accionado.'...Como vemos, no determina con precisión que tipo de tasa de interés reclama. Que esta falencia del decisorio en crisis, implica un caso de arbitrariedad de la sentencia, por cuando (sic) excede las cuestiones planteada[s] por las partes en su pretensión inicial, avanzando sobre un rubro no reclamado por la parte actora, relativo al tipo de tasa de interés aplicable, exceso que configura un caso patente de violación del principio de congruencia que debe observar una sentencia judicial como acto jurisdiccional válido. Que la violación del principio de congruencia, importa un supuesto de 'quebrantamiento de forma' por violación de las formas y solemnidades sustanciales prescriptas para el procedimiento o la sentencia..." (cfr. foja 575).-

A foja 575 vta. hace reserva del caso federal.-

A fs. 582/585 la Excma. Cámara de Apelaciones declaró formalmente admisible el recurso de casación interpuesto.-

A foja 592 y vta., obra interlocutorio de este Tribunal Superior de Justicia declarando bien concedido el recurso de casación interpuesto por la demandada, y poniendo los autos a disposición de las partes en los términos del actual artículo 8º del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-. Ninguna de las partes hizo uso de ese derecho (cfr. certificación de foja 596).-

A fs. 597/599, dictamina el Sr. Agente Fiscal ante este Alto Cuerpo, quien -por las razones que allí esgrime y a las cuales nos remitimos por razones de brevedad- expresa: "Volviendo al tema que nos convoca, tenemos que la Sra Juez de Primera Instancia aplica la doctrina legal para fundar la procedencia de la tasa pasiva en el fallo referido pues ese precedente data del 19/11/2010 y la sentencia dictada en los presentes fue del 31/05/13 por lo que podemos concluir sin temor a equivocarnos, que la doctrina legal citada resulta aplicable plenamente al caso (tasa de interés pasiva), no obstante lo dicho el demandado cita en su presentación otros precedentes en los cuales se ha mantenido la doctrina legal sentada en el caso Newing, la que ha sido ratificada pacíficamente por nuestro Tribunal Superior de Justicia [...] Por todo lo expuesto, esta Fiscalía considera que debe hacerse lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el demandado, al resultar arbitraria la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones." (cfr. fs. 598 vta./599).-

A foja 603 se llaman autos para dictar sentencia y a foja 604 pasan los presentes a estudio.-

III.- Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria provincial articulada por la recurrente, su desarrollo se propone en el ámbito del carril impugnativo previsto por los artículos 2° y 3°, inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-.-

Por una cuestión de método, en primer término, se iniciará el tratamiento de los planteos fundados en el artículo 2° precedentemente mencionado, ya que de existir quebrantamiento de forma, resultaría innecesario analizar el resto de los agravios planteados.-

En cuanto al alegado quebrantamiento de forma, el artículo citado establece que: "...procede cuando se hubieran violado las formas y solemnidades sustanciales prescriptas para el procedimiento o la sentencia, siempre que la nulidad no haya sido consentida por las partes.".-

Distinguida doctrina ha dicho que "...el medio bajo análisis tiene por objeto asegurar la observancia de las formalidades impuestas [...] esta vía tiene en miras el quebrantamiento de las formas, y sus causales se agrupan en dos categorías: a) omisión de cuestiones esenciales; b) falta de fundamentación legal..." (cfr. Hitters, Juan Carlos "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", Ed. LEP, La Plata, 1998, págs. 634/635).-

La parte recurrente sostiene principalmente este agravio en la violación al principio de congruencia, al entender que la aplicación de la tasa activa fue introducida al momento de expresar agravios, señalando que: "...la interesada

debió solicitar expresamente la aplicación de la tasa de interés pretendida...no determina con precisión que tipo de tasa de interés reclama." (cfr. foja 575).-

Este Alto Cuerpo tiene dicho que: "...el principio de congruencia consiste justamente en la correlación que debe haber entre la pretensión y la decisión, aspecto éste que fluye naturalmente en nuestra normativa procesal, incorporada por el art. 34, inc. 4° y desarrollado conceptualmente en el art. 164, inc. 6°, ambas disposiciones del Cód. Proc. Civ. y Comercial sin perjuicio de otras normas concordantes y correlativas..." (cfr. Sentencia, Tomos I, Reg. 24, Folio 95/102; II, Reg. 84, Folio 369/374; IV, Reg. 144, Folio 699/705; VII, Reg. 237, Folio 1280/1287; XII, Reg. 414, Folio 2257/2260, entre otros).-

En este sentido se ha expedido este Tribunal Superior de Justicia al decir: "...el principio de congruencia -que debe estar presente en las sentencias- consiste en la correlación que debe existir entre la pretensión y la decisión, de conformidad con los artículos 34, inc. 4to., y 164, inc. 6to. del C.P.C. y C., sin perjuicio de otras normas concordantes y correlativas (confr. Tomo IV, Sentencia, Reg. 144, Folio 699/705). Importa, en definitiva, una limitación a las facultades del juez: éste no debe sentenciar en más de lo debatido, o dejar de fallar en la materia litigiosa del caso (confr. Sagüés, 'Acción de Amparo', p. 459 y ss, 209 con las opiniones de Bidart Campos y Lazzarini, citado en Sagüés, Néstor Pedro, 'Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario', Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, tomo I, pág. 219/220). La omisión de cuestiones o temas conducentes oportunamente propuestos por las partes es causal de arbitrariedad en las resoluciones judiciales, las que deben en consecuencia ser dejadas sin efecto (Fallos: 261:297; 303:757, 306:178 y 950; 319:215 y 1377; 320:2198, 324:1119; Wetzler Malbrán, 'Una sentencia justa y una interesante apertura del criterio de admisibilidad del recurso extraordinario', ED, 186-436, citado en ob. y aut. cit. pág. 221). El déficit que se indica puede consistir en la omisión de la consideración de planteos, en no hacerse cargo de ciertos argumentos aducidos por el recurrente, en no analizar adecuadamente determinados agravios, no tratar diversos pedidos, en omitir ciertos temas de ineludible consideración, como la impugnación a un peritaje, etc. (confr. aut. y ob. cit., pág. 221..." (cfr. Sentencia, Tomo XIV, Reg. 480, Folio 2603/2611).-

Por lo que, en razón de lo expuesto en el párrafo precedente, podemos decir que el Juez de Primera Instancia y la Excma. Cámara de Apelaciones han dado cumplimiento con el principio de congruencia, ya que la actora solicita la aplicación de intereses, como la recurrente misma expresa, resolviendo los magistrados la tasa de interés que resulta aplicable.-

Respecto a esto, en el hipotético caso de otorgarle razón a la postura de la recurrente, tampoco podría aplicarse la tasa de interés pasiva como

pretende, ya que no habría sido solicitada expresamente. Conclusión que resulta insostenible y absurda.-

En consecuencia, debido a que los intereses han sido solicitados oportunamente, no existe violación al principio de congruencia por parte de los sentenciantes al determinar la tasa aplicable para resolver el litigio conforme lo requerido por las partes al momento de fijar el *thema decidendum*.-

Por lo expuesto, carece de sustento el agravio analizado, por lo que corresponde su rechazo.-

IV.- Corresponde ingresar al análisis de la alegada violación de la doctrina legal.-

Es decir que se debe constatar si lo resuelto en autos contradice la doctrina legal vigente de este Tribunal Superior de Justicia (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 538, Folio 3030/3035) a la fecha del pronunciamiento atacado, hipótesis que se configura cuando este Alto Cuerpo ha establecido la interpretación de las normas que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia y el fallo recurrido la transgrede, precisamente, en un caso similar (cfr. SCBA, "M., L. E. contra E.J.C. s/ indemnización por fallecimiento", del 20/12/2017, L 119402 S).-

En primer lugar debemos realizar una aclaración respecto de la ley aplicable en virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. En lo que concierne a los intereses, es necesario señalar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha derogado el artículo 622 del Código de Vélez, el cual disponía que, a falta de interés convencional o legal, "los jueces determinarán el interés que debe abonar". El artículo 768 que reemplaza el derogado artículo determina que, ante la ausencia de interés legal (cfr. inc. b) o convencional (cfr. inc. a), la tasa de interés se determinará "en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central." (cfr. inc. c), art. y cuerpo normativo cit.).-

Como se mencionó oportunamente, el Código Civil y Comercial en su artículo 7 dispone una solución general en lo que respecta a la aplicación de la ley en el tiempo, determinando la aplicación inmediata de las nuevas leyes a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes. Los intereses devengados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva norma (Código Civil y Comercial), constituyen un efecto no consumado derivado de una relación o situación jurídica existente, por lo cual resulta aplicable el principio del efecto inmediato. En consecuencia, los intereses devengados con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (01/08/15) deben determinarse de conformidad al artículo 768 del Código Civil y Comercial. Aída Kemelmajer de Carlucci expresa: "Los intereses de las sumas adeudadas son consecuencias. Por lo tanto, la nueva regulación es aplicable a los intereses que devenguen las obligaciones de origen legal, a partir

del 1° de agosto de 2015, aun cuando las obligaciones hayan nacido con anterioridad, por ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica." (cfr. aut. cit., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Segunda Parte", 1° Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pág. 205). En el mismo sentido ha sentenciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (cfr. doctrina de "Troncoso, Hugo y otros contra Parra, Antonio y otros. Daños y Perjuicios", Causa 110709, del 15/11/2017; "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y Perjuicios", Causa 119176, del 15/06/2016). Así como también encontramos numerosos antecedentes jurisprudenciales: CNCiv., Sala B, "Maciel, Walter Antonio y otro c/ Aguilar, María Paula y otros s/ Daños y Perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)", 30/06/2017, www.informaciónlegal.com.ar.. Cita Online: AR/JUR/42523/2017; CNCiv., Sala A, "D. V., A. C. c/ A. Á., M. J. A. y otros s/ Daños y Perjuicios", 14/06/2017, www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/38915/2017; CNCiv., Sala H, "M., M. I. c/ O.S.D.E. y otros s/ Daños y Perjuicios. Resp. Prof. Médicos y Aux. - ordinario", 15/03/2017, www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/22569/ 2017).-

En el caso de autos, no existe una tasa acordada por las partes, así como tampoco una dispuesta por ley especial. De esta manera la cuestión debe decidirse de acuerdo a lo previsto en el último inciso del artículo 768 del Código Civil y Comercial, es decir, "...por tasas que se fijen según reglamentaciones del Banco Central.". Así como también, por lo que disponía el artículo 622 del Código Civil derogado, el cual establecía: "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…".-

Resulta necesario señalar que somos de la opinión que la expresión que contiene el mencionado artículo 768 inciso c), en cuanto remite, en ausencia de previsión convencional o legal a las "tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.", no se refiere a una alícuota específicamente determinada por dicha entidad monetaria, sino a aquellas tasas que se utilizan en el sistema financiero conforme lo dispone el Banco Central (cfr. SCBA voto del Dr. Juan C. Hitter en autos "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y Perjuicios", Causa 119176, del 15/06/2016).-

También debemos decir que resulta innegable la tarea de los jueces en la determinación de la tasa de interés, y la derivación que el citado inciso formula a las tasas del Banco Central es sólo a los fines de que los magistrados, en ejercicio de tal facultad, seleccionen la tasa entre cualquiera de las fijadas por las

reglamentaciones de la autoridad monetaria, teniendo en cuenta las particularidades de la causa, fundando la decisión adoptada con una motivación razonable (cfr. art. 3, CC y C).-

Se ha dicho que el sentido de la norma, fue lejos de querer someter la determinación de la tasa a una reglamentación administrativa, dotar al juez de elementos de los que pueda disponer con mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso (cfr. Méndez Sierra, Eduardo C.: "Obligaciones Dinerarias". Colección Código Civil y Comercial de la Nación. Directores: Limodio, Gabriel F. y Peyrano, Guillermo, Ed. El Derecho 2016, pág. 232). Será el juez quien, si no hay pacto de las partes, ni ley al respecto, deberá inexorablemente determinar la tasa aplicable; mientras que las tasas provistas por el Banco Central de la República Argentina serán solo una referencia a tal efecto. Además, resultaría incoherente la ley si en materia de intereses moratorios sustrajera del arbitrio judicial la determinación del interés en ausencia de acuerdo de partes o de disposiciones legales, mientras que en el artículo anterior -para los intereses compensatorios- expresamente ha deferido su fijación al juez en análogas circunstancias (cfr. aut., ob. y pág. cit.).-

La jurisprudencia también coincide con el criterio expuesto. El Dr. Oscar J. Ameal al momento de emitir su voto en la causa: "J., A. A. y otro c/ BBVA Banco Francés s/ Daños y Perjuicios", sostuvo en torno al mencionado artículo 768 que: "No coincido con quienes plantean que se trata de un intento para que sea la autoridad monetaria la que fije una tasa específica para dirimir la especie, sino que por el contrario, considero que esa tarea deberá ponerse en manos del órgano judicial competente, más allá de seguir los lineamientos que al respecto pudiera proveer el Banco Central." (cfr. CNAC, Sala J. www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/76/2018, sentencia del 22/02/2018). También así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en el plenario "Lencinas". Allí el Juez Julio R. Gómez señaló que lo establecido en el inciso c) del artículo 768 no podía entenderse como una delegación de facultades judiciales en favor de una autoridad administrativa autárquica como lo es el Banco Central de la República Argentina; en tanto que su colega el Dr. José V. Valerio sostuvo que la fijación de la tasa de interés moratorio era una tarea propia de los jueces y no podía ser delegada en un órgano administrativo como sería el Banco Central (cfr. SCJM en pleno, "Lencinas, Mariano c/ Citibank NA s/ Despido", 30/10/2017. www.información-legal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/77894/2017. v. el voto del Dr. Julio R. Gómez, y el voto del Dr. José V. Valerio, al que adhirieron sus colegas Jorge H. Nanclares y Pedro J. Llorente). A igual conclusión arribó el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, al sostener que: "...es tarea de los jueces la determinación de la tasa de interés, y la derivación que el inc. c) del art. 768 CCCN formula a las tasas

del Banco Central es sólo a los fines de que los magistrados en ejercicio de tal facultad, seleccionen la tasa entre cualquiera de las fijadas en las reglamentaciones de la autoridad monetaria..." (cfr. TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, causa: "Nasi, Alberto Hugo Saúl c/ Rosli, Never Alberto y otros - Ordinario - Daños y perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual - Recurso de casación", Sentencia N° 112, del 01/11/2016, www.actualidadjuridica.com.ar). Finalmente ésta fue la conclusión a la que se llegó en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Allí el voto mayoritario de la Comisión N° 2 -que se encargó de estudiar las obligaciones de dar dinero- concluyó que: "20.1- La previsión del artículo 768 inciso c), no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea (Mayoría: Urruti, Bonino, González Zavala, Churruarin, Moia, Scotto Lavina, Rey, Márquez, Borda, Compiani, Azar, Bliss, Viale.)" (cfr. www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AP/DOC/1200/ 2015).-

En definitiva, más allá del cambio normativo referido, la solución que se alcance resultará aplicable tanto al periodo anterior a la sanción del Código Civil y Comercial como al posterior, considerando que se encuentra vigente la facultad del juzgador de determinar la tasa a aplicar.-

Despejado el tema relativo a la vigencia de las facultades judiciales de determinar la tasa de interés, corresponde, ahora sí, dar tratamiento al agravio relativo a la aplicación de aquélla.-

La recurrente alega que existe violación a la doctrina legal de este Tribunal Superior de Justicia, por lo que solicita se aplique la tasa pasiva. Recordemos que en la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones se resolvió aplicar la tasa activa del Banco Nación para las operaciones de descuento a treinta días (cfr. foja 568 y vta.).-

Debe recordarse que los fallos dictados por este Alto Cuerpo, constituyen doctrina legal en los términos del artículo 3º, inciso a), del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, a la cual los jueces deben conformar sus decisiones (cfr. Sentencia, Tomos XIV, Reg. 490, Folio 2671/2677; XV, Reg. 529 Folio 2969/2974). La finalidad de la doctrina legal no es sólo uniformar la jurisprudencia, sino también contribuir a la previsibilidad que las sentencias deben brindar a los litigantes y, en definitiva, procura afianzar la seguridad jurídica que la sociedad toda demanda (cfr. SCBA, "Ferreyra de Zeppa, Petrona y otro c/ Hospital Lucio Meléndez y otro s/ Daños y perjuicios", causa C. 100.228, del 16/12/2009, entre otros).-

Corresponde señalar que este Tribunal Superior de Justicia ha

concluido, antes de ahora, que se debía aplicar a los intereses moratorios la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina (cfr. Sentencia, Tomos XIV, Reg. 485, Folio 2635/2645; XV, Reg. 531, Folio 2979/2985, entre otros). Es la aplicación de ésta doctrina del Tribunal Superior de Justicia que la recurrente utiliza como fundamento para su recurso.-

Si bien lo dicho en el párrafo precedente es suficiente a efectos de hacer lugar al recurso de casación en lo que respecta a la tasa de interés, es necesario aclarar que no se observa que existan razones válidas para apartarse de la aplicación de la tradicional doctrina de este Alto Cuerpo que aplica a los intereses moratorios la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina. (cfr. Sentencia, Tomo XX, Reg. 667, Folio 3859/3864 y Reg. 669, Folio 3870/3879).-

En efecto, es necesario precisar que cuando se habla de intereses no se hace referencia a un rubro resarcitorio proveniente del daño. Una cosa es el daño que el ilícito provoca -cuya valoración y cuantificación deben efectuar los jueces de grado-, y otra es el menoscabo que el acreedor experimenta a raíz del retardo imputable al deudor en repararlo. Es que, los intereses moratorios tienen una fuente distinta del resto de la reparación, ya que mientras que los rubros indemnizatorios se integran por causa del daño derivado del hecho, la obligación de pago de los intereses responde a otro hecho perjudicial: la no asunción en tiempo y forma de las consecuencias jurídicas de la reparación. Por lo tanto, los intereses hacen a la productividad que se ha frustrado a raíz de permanecer impago el capital adeudado (cfr. SCBA, "Ponce, Manuel Lorenzo y otra c/ Sangalli, Orlando Bautista y otros s/ Daños y perjuicios", causa C. 101.774, del 21/10/2009, voto del Dr. Luis E. Genoud).-

Si el interés previsto en el antiguo artículo 622 del Código Civil y actual 768 del Código Civil y Comercial de la Nación, tiende a resarcir al acreedor el daño patrimonial causado por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación, necesariamente habrá que tenerse en cuenta cuál podría haber sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido la acreencia en término. Desde este ángulo es indudable que cualquier institución bancaria le hubiese abonado única y exclusivamente la tasa pasiva vigente al momento de la inversión o sus sucesivas renovaciones. La aplicación de otra tasa alteraría inexorablemente el fin propuesto (cfr. SCBA, "Ginossi Carlos c/ Asociación Mutual UTA s/ Despido", causa L. 94.446, del 21/10/2009; "Organtini, Liliana y otro c/ Hilal, Diego y otros s/ Daños y perjuicios", causa C. 105.756, del 29/06/2011, opinión del Juez Eduardo Julio Pettigiani, entre otras). Esto último ocurriría, a nuestro entender, de resultar aplicable la tasa activa determinada en las instancias de grado.-

En tal sentido no debe perderse de vista que, al contrario de lo

que ocurre con las tasas pasivas, las activas -que son aquellas que las entidades financieras cobran por los préstamos que otorgan-, 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 el que obviamente no puede beneficiar a la acreedora, que no reviste el carácter de entidad financiera, en desmedro de la deudora. Costo que, en nuestra economía, resulta desproporcionado por el sobredimensionamiento del sistema bancario y financiero (cfr. SCBA, "Cardozo, Félix María y otra c/ Crudo, Vicente Pascual y otras s/ Daños y perjuicios", causa Ac. 49.439, del 31/08/1993; y "Jotafí Computación Interactiva S.A. c/ Municipalidad de Quilmes s/ Demanda contencioso administrativa", causa B. 58.903, del 18/06/2014, opinión del Juez Eduardo J. Pettigiani). La activa, al no ser una tasa pura, lleva incluida en su monto una serie de "escorias" (cfr. Alberto D. Molinario, "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas", ED, Tomo 43, pág. 1155), como ser: el costo de captación o fondeo; el costo operativo y administrativo; el costo técnico (encaje); costo sistémico (expectativas del mercado); costo de morosidad (previsiones); costo impositivo; margen de beneficio (cfr. María E. Kabas de Martorell, "Tratado de Derecho Bancario", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª Ed., Tomo II, pág. 53), todo esto es lo que tiene el banco en cuenta para obtener la tasa activa. Es por ello que, para rechazar su aplicación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha entendido que esos componentes en nada se compadecen con los intereses que debe afrontar el incumplidor moroso (cfr. SCBA, causa "Ginossi" cit.).-

Debemos señalar que el Alto Tribunal Federal, en la causa "Bedino" (cfr. Fallos: 340:141), se pronunció por la aplicación de la citada tasa pasiva. Para así decidir remitió a los fundamentos que, en su momento, había vertido en la causa "Gargano" en donde, a su vez, había remitido al dictamen de la Procuradora Fiscal quien había sostenido que: "...el interés moratorio encuentra justificación en la mora del deudor, que retiene en forma indebida una suma de dinero que corresponde al acreedor. Es decir, no tiene como función compensar la depreciación económica, la inflación ni la devaluación de la moneda...sino fundamentalmente sancionar la actitud del deudor, funcionando como indemnización en favor del acreedor a causa de tal comportamiento. Con tal comprensión, considero que la tasa pasiva resulta suficiente para cumplir tal recaudo respecto de los intereses de ese tipo aplicables a deudas de honorarios en mora." y recordó a renglón seguido, que actualmente se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa. (cfr. CSJN, "Gargano", www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/35645/2011). En la citada causa "Bedino" la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, sostuvo en su voto que no podía perderse de vista que la tasa pasiva era la que había adoptado la

Corte Suprema: "...para las causas que tramitan en su instancia originaria (cf. CSJ 457/1998 (34-S) ICS1 'Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios', del 19 de agosto de 2004), a la que se consideró adecuadamente satisfactoria del menoscabo patrimonial sufrido por el acreedor de créditos previsionales de naturaleza alimentaria (Fallos: 327:3721; 328:2824, 3041, 4044, 329:6064, 6076; 330:4862 y 331:1329, 2538), habiéndose aplicado también para las deudas en concepto de retención de cuota sindical (Fallos: 329:5157).".-

Los precedentes jurisprudenciales tanto provinciales como de orden federal *ut supra* citados, resultan una referencia sólida que nos persuade a no abandonar la tradicional doctrina legal de este Tribunal Superior de Justicia.-

V.- En definitiva, entendemos que resulta justo hacer lugar al recurso de casación por violación de la doctrina legal, casar la sentencia de la Excma. Cámara Apelaciones en este punto y establecer la aplicación de la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina a las sumas de condena, ya que es la que más se ajusta a las pautas señaladas precedentemente.-

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la demandada a fs. 573/576 en cuanto a la tasa de interés aplicable y en consecuencia, casar el punto 2º de la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial a 554/568 vta.. Estableciendo que al monto que resulte de la condena en autos deberá adicionársele los intereses conforme la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina. En cuanto a las costas, atento las particularidades de la cuestión debatida las mismas han de imponerse por su orden en esta instancia (cfr. art. 68, segundo párrafo del CPC y C), difiriendo la regulación de honorarios del letrado interviniente en la casación hasta tanto de cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

Por todo ello, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Hacer lugar a la excusación deducida por la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández a foja 606.-

2º) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la demandada a fs. 573/576 en cuanto a la tasa de interés aplicable y en consecuencia casar el punto 2º de la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscrip-

ción Judicial obrante a fs. 554/568 vta., estableciendo que al monto que resulte de la condena en autos deberá adicionársele los intereses conforme la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina.-

3º) Imponer las costas por su orden.-

4º) Diferir la regulación de honorarios del letrado interviniente en la casación hasta tanto de cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

5º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

La presente resolución se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 1600 y modificatorias).-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia