



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente nº 171.747 – Juzgado nº 14

En la ciudad de Mar del Plata reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“Martínez, Marcos Alfredo y Otros c. MEDICUS S.A. s. Daños y perjuicios”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia del 18 de diciembre de 2020, el Sr. Juez de primera instancia desestimó la excepción de incompetencia opuesta por la accionada, rechazó la demanda e impuso las costas a los actores vencidos.

Para decidir de ese modo tuvo en cuenta que el contrato con la demandada solo vinculó a Elvira Festorazzi, cónyuge y madre respectivamente de los actores. Calificó esa relación como “contrato de consumo”, y dejó establecido que - conforme las pruebas producidas - “*no hay duda*” de que fue incumplido por parte de la empresa de medicina prepaga.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Sin perjuicio de ello, el Sr. Juez entendió que el reclamo de los actores - al haber sido promovido con posterioridad al fallecimiento de la Sra. Festorazzi- fue “realizado” únicamente por derecho propio y no “*iure hereditatis*”, y que el efecto relativo que es propio del contrato impide accionar a los herederos forzosos.

Afirmó que “más allá” de que se considerara que la consumidora instó la acción judicial en vida, los terceros damnificados por el incumplimiento solo pueden perseguir la reparación en el ámbito de la responsabilidad “aquiliana” (extracontractual), y en base a un factor de atribución propio de esa órbita, ya que para quienes son ajenos al contrato no es suficiente el mero incumplimiento.

Con cita de destacados autores de doctrina nacional repasó las diferencias que entre ambas órbitas subsisten luego de la unificación dispuesta por el Código Civil y Comercial, para fundar el requerimiento de un factor de atribución. Revisó antecedentes jurisprudenciales dejando aclarado su desacuerdo con alguno de ellos, descartó la aplicación de la figura del “bystander”, evaluó detenidamente cada elemento de prueba, y concluyó que los daños sufridos no guardan adecuada relación causal con los incumplimientos constatados pues:

a) la aplicación de gammaglobulina no hubiera impedido el deceso de Elvira Festorazzi;

b) a la paciente se le administró Riluzol, única medicación que disminuye la progresión de la enfermedad, conforme el dictamen de la perito;

c) no se ha probado, ni invocado, que el fallecimiento de Elvira Festorazzi derivara de “una mala praxis asistencial reprochada a la empresa de medicina prepaga”;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

d) el daño psicológico que sufren los actores deriva de la muerte de su esposa y madre y no de los incumplimientos de la demandada;

e) los actores carecen de legitimación para demandar por derecho propio los daños que son consecuencia del incumplimiento del contrato habido entre la accionada y la Sra. Festorazzi.

II: Apelaron los actores y el recurso que les fue concedido en relación, fue fundado mediante el respectivo memorial y respondido por la accionada.

Los agravios son los siguientes:

a) Considera que la sentencia incurre en absurdo al “suprimir” la acción “*iure hereditatis*” por responsabilidad contractual, y tratar la acción de un modo distinto al que fue promovida (punto I de la demanda a fs.77 vta.).

En igual sentido califica la transformación de la responsabilidad contractual en extracontractual “en beneficio del incumplidor”, quien por el solo hecho de la muerte del consumidor quedaría relevado del daño punitivo, ignorando así el efecto propio de la transmisión hereditaria de los créditos, por el cual los “...herederos tienen idéntica acción que la causante, es decir contractual, para reclamar el pago de las indemnizaciones que se le adeudaban a la causante”.

Diferente, sostiene, es el reclamo “por derecho propio”, y reiterando el distingo hecho en la demanda aclara que **como herederos** los actores reclaman “*el resarcimiento de incumplimiento contractual doloso que causó graves aflicciones y disminución de la calidad de vida de la Sra. Festorazzi, y que se adeudaba a la causante como consecuencia del contrato con ella, sin vínculo original con los actores, pero siendo éstos herederos de la causante*” (sic).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Siempre en relación al reclamo de los actores como herederos, la apelante explica que la sentencia lo encuadra en la responsabilidad extracontractual porque considera que el heredero es un tercero, y que las normas y la lógica indican que los herederos deben demostrar lo mismo que debía demostrar la Sra. Festorazzi y deben percibir lo mismo que se adeudaba a ella.

Describe las constancias del expediente caratulado “Diligencias preliminares” en los que solicitó la producción de prueba pericial anticipada ante el riesgo de muerte, o degradación de la situación de la actora, para concluir que la solución debe ser la misma ante la muerte posterior al requerimiento de prueba anticipada pero anterior a la demanda: lo que se debía a ella se debe a los herederos como tales, “y no como terceros con factor de atribución propio y extracontractual” afirma, con cita de un antecedente en el que con la demanda iniciada falleció la actora.

b) En su segundo agravio advierte que el factor de atribución “es el de la responsabilidad contractual” y que se ha juzgado probado el incumplimiento contractual, para seguidamente señalar que “otro absurdo” es considerar que se quiso responsabilizar a la demandada por la muerte de la Sra. Festorazzi, cuando ello “jamás ocurrió”.

Aclara que “la demanda se funda en el agravamiento de los padecimientos sufridos, y la pérdida de una mejor calidad de vida que la Sra. Festorazzi pudo tener antes de morir”. Detalla que se reclama “el daño moral y psíquico causado por el disgusto espiritual que sufrió durante dos años” por ver a su familia desesperada procurando dinero y elementos para atender su enfermedad, por la incertidumbre respecto al cumplimiento de Medicus ante cualquier prescripción médica; por tener que afrontar varios procesos judiciales y administrativos para lograr que la demandada cumpliera, e incluso por el incumplimiento de las órdenes judiciales; por las negativas y demoras que la exponían a una amenaza para su salud y su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

vida, por soportar trato indigno y frases discriminatorias. Todo ello dañó su vida familiar y social, afectó su desenvolvimiento individual como discapacitada, menoscabó el desarrollo pleno de la vida. Respecto a estos daños, sostiene que el factor de atribución es el incumplimiento acreditado.

En el mismo capítulo, la apelante se detiene a criticar la porción de la sentencia en la que el Sr. Juez considera que la omisión de proveer la gammaglobulina no produjo daños, en tanto no fue mencionada por la Perito. Indica que la demandada incumplió otras prestaciones además de la omisión de proveer gammaglobulina (que tenía por fin paliar los efectos de la enfermedad) como lo fueron la internación, la rehabilitación neurológica integral, ambulancia, valvas cortas, elevador hidráulico, almohadón de triple densidad con cámaras, silla de ruedas, apoya cabeza, silla para baño, acompañante de enfermería, cama ortopédica, colchón de aire, conforme se detalló en la demanda.

Puso de relieve que la Perito informó que aunque no exista cura para el ELA sí existe tratamiento, y que la demandada no informó cuales fueron las prestaciones brindadas, ni cuando, y tampoco su costo.

c) En su tercer agravio, la apelante se refiere al daño punitivo, señalando que aunque el Juez rechazó la demanda, dejó constancia de los incumplimientos maliciosos en términos contundentes, que esa conducta surge también de las imputaciones realizadas contra la prepaga por la Dirección General para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y la Dirección General de Protección al Consumidor, ambas del Municipio de Gral. Pueyrredón.

El incumplimiento recalcitrante ha sido puesto en evidencia también por la Cámara Federal de Mar del Plata, y el Ministerio Público Fiscal ha dictaminado que corresponde aplicar daños punitivos. También considera acreditado que la accionada incumplió dolosamente las

prestaciones que habrían podido mejorar la calidad de vida de su afiliada en la última etapa.

En cuanto a los daños causados a los herederos los califica como “daños morales y psíquicos” y reitera la descripción de la conducta dolosa de la demandada generadora de los hechos que dañaron directamente a cada uno de los actores. Aduce que el daño moral se consideró acreditado en la sentencia pero fue rechazado como inocuo.

Repasó la pericia psicológica advirtiendo que el Sr. Juez se ha equivocado al considerar que los daños acreditados se corresponden al fallecimiento de la Sra. Festorazzi. Transcribe parcialmente el dictamen en cuanto se afirma que el malestar sufrido se corresponde con la angustia que vivían por la enfermedad del ser querido, la poca celeridad con la que obtenían los requerimientos y pedidos médicos, demoras en la entrega de materiales que fueron vividas como situaciones de maltrato tanto a la paciente como a sus familiares, que como la pericia se encarga de aclarar se corresponden con los hechos referidos en la demanda.

Al mismo tiempo, señala, la sentencia ha ignorado el resto de las pruebas que dan cuenta de los sufrimientos y aflicciones de la familia por no poder obtener las prestaciones para el cuidado de la Sra. Festorazzi.

d) Finalmente recuerda su reclamo de aplicación de la tasa activa a la deuda por reparación.

III: El recurso debe progresar.

III.1: Conforme surge de la demanda (fs.77 y siguientes), los actores reclamaron a Medicus S.A. la reparación de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Lo hicieron tanto en su condición de herederos de quien en vida fuera Elvira Festorazzi, como por derecho propio en su calidad de “directamente” (sic)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

damnificados (fs.77 vta. punto I), por lo que en la sentencia correspondía admitir o rechazar cada una de estas pretensiones, sin descartar a priori una de ellas (por entender que el reclamo solo pudo ser realizado por derecho propio punto IV ap.d, y punto V ap.b de la sentencia; art.163 inc.6 del CPC).

En lo que hace a la acción promovida en su carácter de herederos, corresponde analizar cada reclamo por separado para resolver si los actores se encuentran debidamente legitimados para iniciar (o continuar) la acción por cobro del crédito a la reparación que tenía su causante, según sea la clase de daño reclamado, y siempre que se reúnan los restantes requisitos exigidos por la ley para su procedencia.

III.2: Como bien señala la apelante, el heredero que ha entrado en posesión de la herencia (art. 3410 CC) es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión (art. 3417 CC).

Tanto el crédito por reparación del daño material derivado de una lesión psíquica, como el correspondiente al llamado “daño punitivo” o “multa civil” son transmisibles de ese modo por sucesión (art.1195 Código Civil; Zavala de González, “Daños a las personas” tomo 2 a: integridad psicofísica “p.471 punto d segundo párrafo), en tanto las leyes no imponen ningún otro requisito adicional, por lo que - en lo que hace a esta parcela de la demanda- solo resta decidir si la causante era o no acreedora de esas indemnizaciones.

En cambio, la acción por reparación del daño moral sufrido por Elvira Festorazzi en tanto reviste naturaleza personalísima se extingue con la muerte de su titular, y exigía (y exige actualmente) que la acción civil hubiera sido entablada en vida por el difunto (art.1099 CC; art.1741 CCyC), por lo que, además de analizar si el crédito nació en cabeza de la causante, debe decidirse si el pedido de prueba anticipada es suficiente a los fines de considerar que la acción civil por daño moral ha sido efectivamente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

“entablada por el difunto”, y puede ser continuada desde allí por los herederos.

III.3: Tal como se dice en la sentencia apelada, el incumplimiento de la demandada para con su afiliada está indudablemente acreditado, como así también la violación de las normas de protección al consumidor, el trato indigno hacia Elvira Festorazzi, y la discriminación ejercida contra una persona con discapacidad.

Las demoras en la provisión de medicamentos y otros elementos necesarios para el tratamiento, los atrasos en entregar bienes indispensables para mantener o proveer condiciones de vida mínimas a quien está afectada por una enfermedad terminal, están resumidas a fs.76. Allí se observan retrasos de más de cuatro meses en proveer una silla de ruedas, o de dos a cinco meses en entregar un almohadón , de cuatro meses para suministrar un “apoyacabezas”, o de tres en el caso de una silla para el baño, y de todos los otros elementos pedidos pese a las órdenes judiciales, y no obstante la presión ejercida sobre la empresa deudora con la imposición de astreintes, y las denuncias ante diversos organismos donde Medicus ha sufrido condenas en términos realmente vergonzantes.

Las alegaciones iniciales de la demandada se centraban en adjudicar un carácter “empírico y experimental” al tratamiento del CIDP con gammaglobulina, y a poner de resalto que todos los tratamientos destinados a mejorar la calidad de vida de la paciente, no tendrían resultado pues el ELA seguiría avanzando. En realidad, y como dijo la perito médica todas las prescripciones incumplidas y demoradas estaban destinadas a mejorar la calidad de vida de la Sra. Festorazzi, (audiencia celebrada ante este Tribunal el día 14 de octubre de 2021), y en modo alguno a intentar curar una enfermedad que sigue siendo incurable.

También Medicus se defendió inicialmente sosteniendo que las prestaciones reclamadas no se encontraban incluidas en el PMO, y que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

consecuentemente no estaban alcanzadas por la cobertura contratada por la paciente. Esa cuestión fue debatida en el fuero federal tal como consta en los expedientes agregados, y las sentencias allí recaídas - que incluyeron esas prestaciones dentro de las obligaciones de la prepaga- se encuentran firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada .

El conocimiento especializado que le compete a la empresa proveedora de servicios, no permite dudar respecto a que la demandada dejó de proveer los medicamentos como debía, sabiendo lo que hacía. Se negó a pagar la internación para inyectar gammaglobulina en la paciente que sufría la progresiva y acelerada parálisis de su cuerpo (y dispuesta la práctica por sentencia del Juzgado Federal demoró su ejecución algunos días mientras negociaba una rebaja del costo) y sus responsables lo hicieron a conciencia. Prueba de ello es que tampoco cumplieron cuando el Juez Federal se lo ordenó. Incurrieron en violación consciente, no prestaron los servicios, no entregaron los elementos, pudiendo y debiendo hacerlo. Esa conducta, si hiciera falta, tipifica el dolo en el incumplimiento de las obligaciones reiteradamente invocado en la demanda como razón suficiente para atribuirle responsabilidad frente a los actores (Carranza, Jorge “El dolo en el derecho civil y comercial” edit.Astrea Bs.As.1973 p.30 con cita en nota 15 de Lafaille, Colmo. Rezzónico y Busso).

III.3.1: Un breve repaso de la resolución de la Dirección General para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Municipio local (fs.60), muestra la condena que generó la conducta de Medicus S.A. ante la pretensión de su afiliada que *“apunta a la dignidad en su tratamiento de salud”... “ha sometido a la denunciante a verse envuelta en una serie de mecanismos legales que mediante la fuerza jurisdiccional ha obligado a la misma a cumplir con las prestaciones en cabeza de la empresa”... “Que dicha conducta a su vez se encuentra avalada por el discurso que, la empresa denunciada, ha mantenido tanto en sede judicial como en esta sede administrativa al referirse a la señora Festorazzi como “estamos ante una paciente con muy poca sobrevida y sin ninguna*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

posibilidad de tratamiento...(sic.fs.125 vta) “suponiendo los resultados más alentadores en el tratamiento experimental indicado para la CIDP, esto no modificaría la calidad de vida, ni el estado general de la paciente, porque la ELA seguiría avanzando (sic.fs.126)”.

La conclusión de la entonces directora Agustina Palacios, es que *“tal actitud negativa y dilatoria conlleva un trato indigno que ha vulnerado gravemente los derechos constitucionalmente amparados a la vida, la salud, el trato digno, igualdad, no discriminación...”* y configuró un acto discriminatorio, contra quien se encuentra en un estado de suma vulnerabilidad, afectada por *“...un trastorno neurológico caracterizado por la debilidad progresiva y deterioro de la función sensorial “, una persona con discapacidad (fs. 22).*

III.3.2: En la Dirección Municipal de Defensa del Consumidor e Intereses del Contribuyente la imputación que se le formuló a Medicus incluyó la violación de los arts.42 de la Constitución Nacional, y 38 de la Constitución Provincial, de los arts. 4 (deber de información) 8 bis (trato digno), 9 (modalidades de la prestación de servicios) y 37 (deber de buena fe) de la ley 24.240 (fs.63 y sig.).

Las sentencias recaídas en el fuero federal dan cuenta de la misma conducta, y de la negativa recalcitrante a cumplir las órdenes judiciales, a veces amparada en la demora de los “presupuestos”, otras en que los incumplimientos se debían a terceros (terceros que Medicus contrataba para que cumplieran las obligaciones a su cargo), hasta llegar a la imposición de astreintes.

III.4: En lo que hace a los requisitos para continuar la acción por reparación del daño moral sufrido por Elvira Festorazzi, indica Pizarro que *“...la letra del art.1099 es clara y no deja margen alguno para la duda: por razones de política legislativa se exige que el causante titular del derecho a la reparación haya entablado la acción resarcitoria por daño moral como requisito condicionante de su transmisibilidad a los herederos”* (Daño



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Moral, Hammurabi, Bs.As. 1996 p.301 1ra.edic.).

“En la demanda, la víctima se presenta ante un juez, y además de explicitar su derecho resarcitorio, lo pone en movimiento ella misma, asunto de máxima importancia atento a que dicho derecho deriva de un perjuicio existencial y, por eso, no solo la decisión sino la manera de esgrimirlo es muy personal” explica Matilde Zavala de González al fundar el requisito genérico de la demanda para su transmisibilidad (“Cuanto por daño moral”, Hammurabi, 2005, Bs.As.p.321). “De tal manera expone su situación lesiva y define la cuantía pretendida, según estimación igualmente personalizada. Esto configura una plataforma con garantías trascendentes, donde pareciera que no puede ser sustituida por ningún otro, salvo quienes obran en su nombre y por su cuenta” (ob.y p.cit).

III.4.1: Una primera impresión respecto al pedido de medidas de prueba anticipada, tal como fue hecho (fs.59/64), pone en duda que se haya cumplido el requisito del art.1099 CC para la transmisibilidad, pues la acción civil por indemnización del daño moral no aparece expresa y específicamente “entablada por el difunto”.

Es que el requerimiento judicial no tuvo por objeto ejercer la acción por reparación del daño moral sufrido, sino solamente un pedido para realizar anticipadamente medidas de prueba (caratulado como “diligencias preliminares”) en el cual Elvira Festorazzi -mediante apoderada- requirió dos pericias para la futura acción por reparación del daño, ante el temor de que su producción pudiera resultar dificultosa o imposible en el proceso.

En el escrito de promoción de la prueba anticipada se anuncia (fs.59 vta. primer párrafo expdte. sobre prueba anticipada y transcribo literalmente) “*la futura demanda por daños y perjuicios por juicio ordinario que se iniciará contra Medicus S.A. de asistencia médica y científica, ubicada en la calle Roca 1222 de la ciudad de Mar del Plata, por incumplimiento contractual,*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

actos discriminatorios, violación a los derechos humanos y violación a la ley 24.240”.

No se especifica en ninguna parte de la petición que el reclamo futuro fuera a incluir el daño moral, espiritual o extrapatrimonial.

III.4.2: No obstante, entiendo que corresponde tener por cumplido el requisito de la acción entablada por el difunto, y las razones que me convencen son las siguientes:

a) la mención de los “daños y perjuicios” hecha a fs.59 contiene naturalmente al daño moral. Los ilícitos atribuidos a la demandada tienen un relación constante y frecuente con el daño moral como una derivación casi necesaria que producen las situaciones a las que fue sometida la Sra. Festorazzi y su familia.

b) Aun cuando en ninguna parte se incluyó **expresamente** el reclamo por “daño moral, espiritual o extrapatrimonial”, lo que hubiera sido prudente, no soy partidario de exigir una expresión sacramental cuando - conforme surge de los puntos de pericia- las pruebas ofrecidas estaban manifiestamente destinadas a sustentar un futuro reclamo por daño moral.

Destaco en ese sentido en la primera pericia el apartado g) donde se solicitaba al perito que informara si su estado de ánimo era fluctuante, y en caso afirmativo explicara por qué (fs. 60 vta.), y en el punto l) de fs. 60, donde se le pedía que estableciera si el no haber contado con los elementos prescriptos oportunamente por los médicos pudo afectar –y en qué medida- “su tranquilidad, estado de ánimo, estado emocional, vida en relación familiar, vida en relación social, traumas, frustraciones”, haciendo hincapié en el hecho de haber sido considerada por la futura demandada como una “paciente terminal con pocas probabilidades de sobrevivida” (tercer párrafo de fs. 60).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

El punto 1 para la pericia psicológica fue también si su estado de ánimo era fluctuante y en caso afirmativo que el perito explicara por qué (fs. 61 vta.). Contra esos puntos -entre otros- de la pericia de neurología y contra la pericial psicológica dedujo la demandada oposición a fs. 98 y 98 vta.

No advierto qué otra finalidad pudo tener ese ofrecimiento de prueba en los puntos señalados, que no fuera establecer cuál era la afectación espiritual que el incumplimiento de la obra social le provocaba a la accionante.

Refuerza mi conclusión el hecho de que de la documentación agregada a fs. 70-74, surge que en el mes de octubre de 2012 cuando se produjo el dictamen de la comisión médica de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en la evaluación del estado psíquico se consignó que “no objetiva elementos psicopatológicos en el examen, en consecuencia no requiere otra evaluación de la especialidad” (fs. 74), mientras que un año después, en noviembre de 2013, cuando el incumplimiento ya se había producido, su estado de ánimo era fluctuante, continuando así en febrero de 2014, con el agregado de una “importante frustración por su comunicación alternativa” (fs. 70 y 71), indicando que “se continúa como objetivo de Oro su calidad de vida” (fs. 72, mayúscula en el original).

En abril de 2014 promovió la demanda de prueba anticipada. Las pericias debían producirse sobre ella misma, y ante la cercanía de su muerte inexorable, sólo cabe concluir que con ellas se perseguía acreditar el daño patrimonial derivado de una lesión a la psiquis a tratar con sesiones de terapia, y el extrapatrimonial que todo ello le produjo y que es el que sus herederos pretenden continuar. No albergo dudas de que era este último, por su magnitud y dadas las circunstancias del caso, el que persiguió “probar” antes de fallecer.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

c) En casos como éste, es cierto también que hay altas probabilidades de que un reclamo de daño moral anunciado en el pedido de prueba anticipada, hubiera debido ser completado en la demanda por sus herederos antes de correr traslado, pues indudablemente la acción iba a requerir mayores precisiones que las brindadas hasta allí.

Ninguna duda puede caber de que la Sra. Elvira Festorazzi fue dañada gravemente por la conducta de Medicus S.A. que resumí en el punto III.3.

d) Desde otra óptica, el pedido de mediación que suspende el curso de la prescripción (art. 2542 del CCCN), puede formularse *sin efectuar reclamo alguno* (arts. 6, 7 y ccdtes. de la ley 13.951), y sin embargo ha sido considerado idóneo, a los fines del art. 1741 del CCCN, para tener por iniciado el reclamo de daño moral por el titular (esta Cámara, Sala III, exped. n° 168.567, “Eseiza Nancy y ot. c. TV Mar del Plata SA s. Daños y perjuicios”, sent. del 10.3.2020, voto del Dr. Monterisi).

Exigir aquí la mención expresa de las palabras “daño moral” para considerar que la acción fue iniciada en vida por la Sra. Festorazzi, bajo apercibimiento de rechazo parece conspirar contra una interpretación armónica y coherente del ordenamiento jurídico (art. 2 del CCCN).

En este último sentido, otro razonamiento que me parece útil es que la petición de prueba anticipada, y el anuncio de la futura demanda que más arriba he transcrito, aunque genérica y defectuosa, sería - sin duda - juzgada como el ejercicio de la acción a fin de tener por interrumpido el curso de la prescripción liberatoria.

El art. 2546 del nuevo Código Civil y Comercial indica que la interrumpe “toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo... aunque sea defectuosa...”, superando la letra del art. 3986 del CC que mencionaba la demanda, a cuyo

respecto se formularon aclaraciones y precisiones tendientes a establecer que el término no era utilizado en su sentido técnico, lo que “lisa y llanamente” recepta hoy la nueva normativa (Lorenzetti Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015, Tomo XI, pág. 306). En la petición de prueba anticipada hay una clara intención de no abandonar la acción por el reclamo de daños.

Violaría entonces el principio lógico de no contradicción calificarla como “acción entablada” por Elvira Festorazzi para la prescripción, y juzgar a la vez que “no hay acción entablada por Elvira Festorazzi” a los fines del art. 1099 CC. El pedido de prueba anticipada no puede ser acción entablada por la difunta y no serlo al mismo tiempo y en el mismo sentido, que es el de la conservación de la acción.

III.4.3: La cuantificación de la reparación del daño moral que propongo, tiene en consideración el modo de estar diferente y anímicamente perjudicial sufrido por Elvira Festorazzi ante los incumplimientos de la empresa en quien había confiado el pago de lo necesario para la atención de su salud.

Pondera especialmente que esa empresa incurrió en actos discriminatorios de una persona con discapacidad certificada aduciendo que Elvira Festorazzi era una enferma terminal que igual iba a morir, y que las medidas terapéuticas que se negó a pagar no iban a evitar su muerte, cuando era evidente que sólo buscaban mejorar su calidad de vida en lo poco que quedaba de ella (Perito Médica en la audiencia celebrada ante este Tribunal). Eran sólo un paliativo de la cruenta situación que estaba viviendo.

Toma en cuenta también que el sufrimiento de Elvira Festorazzi se agravó al ver a su familia desesperada por obtener los elementos y los servicios que la demandada se negó a pagar. La incertidumbre e inseguridad en sus familiares más cercanos ante la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

impotencia de ver que Medicus no cumplía ni siquiera las órdenes judiciales potenció el daño moral de la damnificada directa que adquirió una particular intensidad por la sensibilidad que generaba su estado. Debe calibrarse también que la damnificada directa no tenía tiempo para esperar, ni para que se pudiera mitigar el daño por su solo transcurso.

Con estos antecedentes, y teniendo en cuenta que el monto reclamado en la demanda lo fue “con lo que en más o en menos resulte...” entiendo que la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000) en concepto de reparación del daño moral sufrido por la damnificada directa, atiende a las satisfacciones compensatorias y sustitutivas que le permitirían mitigar las dolorosas consecuencias de la conducta de la accionada.

III.5: El reclamo por daño punitivo es procedente.

La multa civil regulada en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240 constituye un crédito de contenido patrimonial que nace en cabeza del consumidor damnificado y que no está excluido de la transmisión por causa de muerte.

Por tal motivo los actores se encuentran legitimados “*iure hereditatis*” para reclamar la aplicación del daño punitivo por el incumplimiento de la demandada frente a la Sra. Festorazzi (arts. 1195 del CC, 1021, 1024 y cctes. del CCyC).

El criterio predominante establece que para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar (esta Sala, causas n° 161024 -"Tavolaro..."-, del 07/06/2016, 165165 -"Massacesi..."-, del 05/04/2018, 166.363 -"Bassano..."-, del 02/10/2018, 166.517



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

-*"Faggiolini..."*-, del 09/10/2018, 167.624 -*"Taliercio..."*-, del 11/06/2019, entre otros; en otras jurisdicciones. v. CNCom. Sala A, "Emacny S.A. s/ ordinario" S. 9/11/2010, elDial.com AA6880; idem Sala F, "R.S.A. c/ Compañía Financiera Argentina S.A." S. 10-5-2012, elDial.com AA769F y "Murana c/ Peugeot Citroën Argentina S.A." S. 5-6-2012, elDial.com AA792B; idem Sala D, "E.N. c/ Galeno S.A." 28-6-2012 elDial.com AA7AC3; idem Sala C, "P.G.M. c/ Nación Seguros de Vida S.A." S. 11-7-2013, elDial.com AA8856; CNCiv. Sala H, "San Miguel c/ Telecentro S.A." S. 10-12-2012, elDial.com AA7CC9; CNCiv. y Com. Fed. Sala I, "L.M. c/ Edesur S.A." S. 15-7-2014, elDial.com AA8A08; TSJ Córdoba, "Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." S. 15-4-2014, elDial.com AA8934; Cám. Sexta Civ. y Com. Córdoba, "R.S. c/ Amx Argentina S.A." S. 26-3-2015, elDial.com AA8EA7; Cám. Civ. y Com. Rosario, "Rodríguez c/ AFA" S. 9-4-2013, elDial.com AA80D2; Cám. Civ. y Com. Azul, "Rossi c/ Whirlpool Arg. S.A." S. 11-6-2013, elDial.com AA805D, entre otros).

Las circunstancias que rodearon a la dinámica del contrato que vinculó a la empresa demandada con la Sra. Festorazzi y la entidad de los múltiples incumplimientos han sido ponderados en los capítulos III y IV. Encuentro allí material de convicción suficiente para concluir que se encuentran sobradamente verificados los presupuestos que justifican la aplicación de una multa civil de conformidad con lo normado en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240.

Las conductas desplegadas por Medicus —sin duda—muestran un grave y marcado desprecio por la dignidad de la consumidora, contexto en el cual no cabe sino considerar justificada la aplicación de la sanción reclamada y cuya cuantificación evaluaré en los párrafos que siguen (art. 52 *bis* de la Ley 24.240).

III.5.1: La tarea de establecer el monto exacto de la multa regulada en el artículo 52 *bis* de la Ley 24.240 no es sencilla dado que la norma que regula el instituto omite brindar pautas de cuantificación claras y precisas. El legislador solo prescribió que la punición «se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan» (art. cit.) (esta Sala, causa n° 168.199 -*"Gastiarrena..."*- del 10/10/2019).

Como punto de partida, debemos recordar que el daño



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

punitivo tiene una finalidad económica que justifica su aplicación: debe funcionar como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada “ecuación perversa” conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (Irigoyen Testa, Matías, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”. RCyS 2009-X, 16; Cám.Ap.Civ.Com. de Rosario, Sala IV, "Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios", del 07/08/2012).

Este Tribunal ha tomado provecho de los aportes del Dr. Matías Irigoyen Testa, autor que ha diseñado una herramienta matemática con una sólida base conceptual que permite determinar la cuantía de los daños punitivos en forma tal que no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir esa función disuasoria y que, tratándose, como en autos, de daños reparables, busca hacer coincidir la responsabilidad total esperada del dañador con los daños reparables esperados que se derivan de su comportamiento (c. 170031 -“Lasa, Patricia Esther...”- del 08/10/2020; c. 168.199 -“Gastiarrena...”- del 10/10/2019).

De ese modo se logra cumplir con la función principal disuasoria (que se ajusta a los niveles de precaución socialmente deseables) y la función accesoria sancionatoria (que implica una multa civil extracompensatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado) (Irigoyen Testa, Matías, *Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables*, La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87).

El autor propone una fórmula superadora de aquellas que se han diseñado en el derecho comparado (en particular, las propuestas por la doctrina estadounidenses a partir de los desarrollos del Análisis Económico del Derecho) y en la que se revisan los presupuestos de hecho que justifican el cálculo, enmendando variables que descansan en supuestos irreales que carecen de base teórica



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

y práctica que los justifique (v.gr. la coincidencia entre el daño causado y la indemnización fijada en casos de daños irreparables; o la probabilidad del 100% de condena por daño punitivo de existir una condena por indemnización, etcétera).

El cálculo diseñado procura que el costo privado del empresario coincida con el costo social total del producto que ofrece: si además de su condena por indemnización la empresa también posee una condena esperada adicional por daños punitivos entonces en el futuro preferirá corregir su conducta. De ese modo, deja de resultarle provechoso inobservar el comportamiento debido (Irigoyen Testa, *ob.cit.*).

La fórmula es la siguiente: $D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$, donde: D = es la cuantía de los daños punitivos a determinar; C = es la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; p_c = es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; P_d = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

En el caso en estudio, para cuantificar la multa a la luz del modelo propuesto es necesario reparar en la entidad económica del perjuicio generado a la consumidora en el marco temporal durante el cual se verificó la ilicitud de la demandada. Ello no sólo ha de incluir las conductas y los daños generados por Medicus previo a cualquier instancia de debate jurisdiccional, sino también el comportamiento recalcitrante de la proveedora una vez que las pretensiones de la Sra. Festorazzi fueron admitidas en diversas resoluciones judiciales dictadas en amparos que tramitaron ante la justicia federal local.

Si de lo que se trata es de indagar aquí y ahora (*ex post*) qué incentivos debió tener en aquel momento (*ex ante*) la accionada para corregir su comportamiento, entonces debemos indagar cuál fue el costo esperado que la accionada computó al comportarse del modo en que lo hizo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

O dicho de otro modo, es menester indagar cuáles fueron los costos y beneficios con los cuales especuló a la hora de elegir uno u otro camino de acción y a partir de los cuales escogió finalmente la conducta que implicó incumplir el contrato de consumo con grave menosprecio de los derechos de una persona en las vísperas de su muerte.

Se toma en cuenta como indemnización compensatoria sólo la suma fijada para la reparación del daño moral \$1.000.000 (variable C de la fórmula). La probabilidad de que la consumidora damnificada reclame y obtenga una condena a su favor por los daños ocasionados [variable Pc] será estimada en un 20% (es decir, solo 2 de 10 clientes, frente a una maniobra idéntica como la desplegada por la demandada, asumirán los costos y el esfuerzo que implica transitar un proceso de mediación e iniciar un juicio civil ante la justicia ordinaria a la espera de una sentencia favorable). La probabilidad matemática equivale entonces a 0,2 (20/100).

Este valor se explica además por una razón complementaria: el grado de ilicitud del comportamiento de la demandada solo puede explicarse -si acaso puede hallarse alguna explicación racional- al considerar que sus autoridades han especulado con una baja chance de sufrir otras consecuencias patrimoniales derivadas de su incumplimiento por fuera de los amparos en los que ya habían resultado vencidos y las astreintes que allí se habían devengado.

Finalmente, para la variable restante (la chance de condena por daños punitivos [Pd]) calcularé un 70% de probabilidad, habida cuenta la gravedad de las conductas y el previsible reproche jurisdiccional que ellas merecerían en un hipotético pleito resarcitorio.

Entonces, aplicando al caso la fórmula « $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$ » resulta que $D = \$1.000.000 \times [(1-0,2)/(0,2 \times 0,7)]$; luego se sigue que $D = \$1.000.000 \times (0,8/0,14)$; finalmente, $D = \$1.000.000 \times 5,71428571$.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

El cálculo del daño punitivo asciende en principio a \$5.714.285,71, monto al cual corresponde aplicar el descuento de lo pagado por astreintes conforme se detalla más abajo, en el considerando «III.9.1») (arts. 47. b y 52 *bis* de la Ley 24.240, reformado por la ley 26.361), y que de ese modo **reduce el total de la condena por daños punitivos a la suma de pesos cuatro millones ochocientos cincuenta y cuatro mil trescientos noventa y dos con once centavos (\$ 4.854.392,11).**

Tal es la suma que propongo fijar, en tanto entiendo que con ella se conforman los incentivos adecuados para que la accionada cambie su comportamiento en un futuro, deje de especular con una baja probabilidad de condena derivada de incumplimientos negociales graves que afectan la dignidad de sus clientes, y procure en lo sucesivo no incurrir en conductas socialmente indeseadas como las que aquí han sido objeto de reproche y que importan una violación grosera y patente a los derechos de los consumidores y usuarios (arts. 42 de la CN, 1, 2 y cctes. de la LDC, 1092 y cctes. del CCyC).

Por último, corresponde aclarar que ambas probabilidades contenidas en el cálculo (la de resistir un juicio en el que resultará vencida [Pc], y la de ser condenado por daños punitivos [Pd]) obedecen a estimaciones realizadas sobre la base de la experiencia que, como tales, son completamente opinables. Pero las críticas que pudieren efectuársele a esas consideraciones no son achacables al cálculo matemático propiamente dicho ni a la base conceptual que le da sustento, sino a la operación que he realizado consistente en cuantificar una probabilidad contando con muy poca o ninguna información (causa n° 168.199 -"Gastarena..."- del 10/10/2019).

Solo al ser explicitadas las variables usadas pueden ser susceptibles de control. La solución alternativa sería establecer un monto con base en la sola "prudencia" judicial, lo cual constituye un modo de seguir esquivando el problema, omitiendo consignar en el fallo cálculos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

—conscientes o inconscientes— que necesaria e inevitablemente giran en la mente del juzgador al adoptar una solución y no otra (c. 170031 -“Lasa, Patricia Esther...”- del 08/10/2020; c. 161.169 -“Ruiz Díaz, J. c. Kreymeyer, I.”- del 18/08/2016, entre otros).

La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar concienzudamente la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo.

La virtud de este modelo de decisión consiste entonces en reducir lo máximo posible el margen de discrecionalidad que se genera al momento de determinar el contenido económico de un crédito resarcitorio. Es preferible que los jueces tengamos la carga de argumentar más y mejor nuestras decisiones y debemos buscar y promover herramientas que permitan lograr ese objetivo (c. 168.070 -“Caballero”-, del 08/10/2019).

La multa devengará intereses moratorios vencido el plazo de diez días de quedar firme la sentencia y a la tasa establecida en el III.10. (art. 768.c del CCyC).

III.6: Respecto al reclamo iure hereditatis por “daño psicológico” sufrido por la causante, entiendo que no es admisible.

El daño resarcible es la consecuencia de la lesión a un interés económico o espiritual, individual o colectivo, y no la lesión en si misma (Pizarro-Vallespinos “Tratado de la responsabilidad civil” Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017 p.133 tomo I; Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños” Hammurabi, Bs.As.2005 tomo 2 a p.30, entre otros autores; esta Sala II causas 103.835 RSD-427-97 S. 18-11-1997; 104.793 RSD-187-98 S. 9-6-1998; 101.327 RSD-320-00 S. 10-8-2000; 144.502 RSD 281-1696 S 5-10-2010; Sala 1, Expte. 128.510 RSD-161-7 S. 17-5-2007, 136.005 entre otras). De allí que la lesión a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la psiquis de la causante, que pudiera haber provocado el incumplimiento de la demandada, solo puede derivar en daño material o moral según la índole de la consecuencia (Zavala de González ob.cit. p.34).

Además, la lesión psíquica solo puede ser admitida en la medida en que pericialmente se haya establecido su existencia, pues “los estudios técnicos por expertos son casi insoslayables” (Zavala de González, 2 a ob.cit.p.206; esta Sala II causa 153.248, “Betti Hebe y otro c. Spadafore Marchand y otro s. Daños y perjuicios”, sent. del 23.5.2013), y la prueba adelantada no se alcanzó a hacer en razón del fallecimiento de la Sra. Festorazzi, por lo que no resulta viable la reparación de ninguna de sus consecuencias dañosas.

Por otra parte, en esta demanda no se ha reclamado daño patrimonial emergente de la lesión a la psiquis, que sea actual (gastos ya realizados en un tratamiento) o futuro (v.fs.94 y sig.), y no subsiste esta última posibilidad.

III.7: En lo que hace al reclamo por derecho propio, y en relación al factor de atribución “correspondiente a la responsabilidad aquiliana” cuya acusada omisión fundó la decisión apelada, entiendo que los actores han expresado, reiteradamente en la demanda, que la razón para atribuir la responsabilidad por los daños a la accionada, ha sido el dolo en el incumplimiento de las obligaciones (fs.78 III.1 segundo párrafo; 4to.párrafo; fs.82 vta. punto VI.2, y un largo etc.).

No obstante, el daño moral que como damnificados indirectos han sufrido **no es reclamable** en tanto “del hecho no resulta la muerte de la víctima”, como ellos mismo lo puntualizan en la expresión de agravios (art.1078 del CC; Pizarro “Daño Moral” Rubinzal Culzoni tomo I p.284 nro.172 b).

Dos aclaraciones en una: los actores se consideran “directamente damnificados”, y a mi modo de ver sufrieron un daño moral propio por el mal hecho a un bien ajeno, concepto que entiendo corresponde



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

a los damnificados indirectos (Pizarro-Vallespinos "Tratado de responsabilidad civil" edit. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe , tomo I p.158) quienes sólo pueden reclamar cuando el hecho atribuido al demandado es el generador de la muerte. Con lo dicho reconozco que indudablemente los actores han sufrido daño moral, constatado en una modificación disvaliosa de su espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender , querer o sentir, consistente en ese modo de estar diferente, y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daño Moral ob.cit. tomo I p.37), pero como de los graves incumplimientos de la accionada no ha resultado la muerte del damnificado directo (pag.8 de la expresión de agravios punto 1.2) la ley no les permite demandarlo (art.1078 CC y art.1741 CCyC, Pizarro-Vallespinos "Tratado..." ob.cit. p.194).

III.8: El "daño psicológico" reclamado por derecho propio de los herederos es pasible de la misma objeción realizada respecto al reclamado iure hereditatis: no constituye una categoría autónoma o un tercer género distinto del daño moral y del patrimonial.

El daño moral por lesión a la psiquis de los damnificados indirectos no puede ser admitido (no tienen legitimación para reclamarlo) conforme lo dicho en el punto anterior pues el incumplimiento de la demandada no provocó la muerte de la damnificada directa, restando analizar solo el daño patrimonial, sea por los gastos realizados en una terapia, o por la futura realización de dicho tratamiento.

III.8.1: De la pericia de fs. 362 y sus explicaciones de fs. 404, surge que los actores han sufrido una afección psíquica que requiere terapia para su mejoría.

Si bien resulta arduo dividir la influencia causal de la muerte de Elvira Festorazzi, respecto al daño provocado por los incumplimientos que redujeron su calidad de vida en sus últimos años, el juez está obligado a intentarlo en razón de que la ley le impone evaluar el daño reclamado que se haya probado (art.165 CPC).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

No parece posible adjudicar causalmente la totalidad del costo de tratamiento a quien no ha sido autor de la causa principal, pero no cabe duda de que el daño que ocasionó - en sus hijas y en su esposo- presenciar la parálisis progresiva hasta la muerte de Elvira Festorazzi, **se vio aumentado o agravado por la conducta del deudor que incumplió a designio las prestaciones a las que estaba obligado.**

La pericia da cuenta del estado de estrés de los actores afectados por una situación de vulnerabilidad, las expresiones de desconcierto, la inestabilidad generada, la ansiedad por tener que transitar ámbitos hostiles, síntomas que se corresponden a la repercusión negativa de la conducta de la demandada (punto 2 a fs.364).

Entiendo que la influencia causal del incumplimiento debe considerarse en el orden del 20% en el daño generado.

III.8.2: La perito ha establecido la necesidad de terapia para el Sr. Marcos Martínez y para su hija Paola Martínez Festorazzi, considerando que Valeria Martínez Festorazzi ha elaborado mejor el duelo, y que las dos hijas han hecho terapia lo que ha contribuido a mejorar su sintomatología.

La misma perito ha establecido la necesidad de 80 sesiones para los dos primeros (fs. 364 in fine: 18 meses de tratamiento con frecuencia bisemanal los primeros dos meses), cuyo costo estimado a la fecha de la pericia (06.06.2017) en la suma de pesos seiscientos (\$ 600) representan una erogación futura de pesos cuarenta y ocho mil (\$ 48.000) cada uno, por lo que el 20% de ese gasto que se juzgó como daño futuro reparable, en tanto causalmente vinculado con los incumplimientos de la demandada, asciende a pesos nueve mil seiscientos para cada uno (\$ 9.600).

En lo que hace a Valeria Martínez Festorazzi, y conforme surge de la pericia, el daño actual estaría compuesto por el dinero que gastó



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en su tratamiento, pero sucede que la demanda no contiene esa pretensión. Ninguna mención se hizo a que las actoras habían hecho un tratamiento, ni se indicó cuál fue el gasto hecho, con cuál o cuáles terapeutas, dónde y por cuánto tiempo, ni se reclamó como tal.

Todas esas precisiones resultan necesarias para cumplir con el deber de especificar cómo es el daño cuya reparación se pretende. No se trata de una errónea o discutida calificación técnica del daño que pueda superarse - sin violar la congruencia- mediante la aplicación del principio "iura novit curia"; en la demanda no hay ninguna pretensión que incluya el reclamo de lo gastado en un tratamiento psicológico, por lo que conforme establece el art.163 inc.6 del CPC, no puede integrar la condena.

III.9: En su respuesta a la demanda, la accionada se defendió sosteniendo que "*si existieron incumplimientos a las órdenes judiciales – que niego- los mismos ya han sido evaluados en sede judicial por lo que son cosa juzgada*" (fs.130 vta. In fine), y a continuación refirió detalladamente el pago de astreintes en sede federal originadas en tales incumplimientos por la suma de pesos ciento dieciocho mil novecientos (\$ 118.900).

Le asiste parcialmente la razón.

III.9.1: Para decir que una norma contiene una "sanción" basta constatar cuatro propiedades relevantes: un acto coercitivo presente o eventual, la finalidad u objeto de privar a alguien de un bien, el ejercicio de tal coerción por la autoridad competente, y que la sanción sea consecuencia de una conducta (Guibourg, Ricardo "Colección análisis jurisprudencial" Teoría general del derecho, La Ley, 2003, Bs.As., página 26).

Es cierto que las astreintes al ser condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que buscan vencer la resistencia de quien no cumple deberes impuestos en una resolución judicial, reúnen los

requisitos detallados en el párrafo anterior y constituyen sanciones al igual que los daños punitivos.

No obstante la coincidencia en su naturaleza sancionatoria, debe tenerse en cuenta que las finalidades y causas generadoras de ambas sanciones solo coinciden parcialmente. Las astreintes fijadas en el fuero federal tuvieron por objeto vencer la resistencia de Medicus **a cumplir los deberes impuestos en las medidas cautelares y en las sentencias** dictadas en los procesos de amparo.

En modo alguno puede entenderse que las astreintes sancionaron a Medicus por el incumplimiento del contrato. Tal propósito es ajeno al concepto de ese instituto que únicamente contempla el “imperium” del juez para imponer coercitivamente sus decisiones.

Ahora bien, los daños punitivos propuestos en el apartado III.5. reconocen su causa en los actos de discriminación, trato indigno, en los incumplimientos contractuales dolosos, en la intención de prevenir hechos similares en el futuro, evitar la repetición de las conductas, desbaratar el ilícito lucrativo, y también en las demoras injustificadas a cumplir las órdenes judiciales del Juez federal. Con este alcance parcial la causa de la fijación de astreintes se solapa con la de la sanción del art. 52 bis ley 24.240.

A fin de evitar una doble punición por la porción que resulta idéntica corresponde descontar el monto de las astreintes (\$ 118.900) reajustado por el índice de precios al consumidor de la suma fijada en el punto III.5.1.

Ese reajuste se hace con el fin de equilibrar los valores al tiempo de la sentencia, se utiliza el IPC (calculadoradeinflación.com último día de visita 3.11.21) y se aplica desde que se ordenó la transferencia a la sucesión en la que los actores son herederos, el 9.12.2015 (fs.116 exp. FMP 41053291/2013/1 sobre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

astreintes) hasta octubre de 2021 (último índice disponible). El resultado es un incremento del 623,21% que lleva la cifra de astreintes a valores actuales a la suma de \$ 859.893.11.

Como consecuencia de esta operación el monto de la condena por daños punitivos queda en la suma de pesos \$ 4.854.392,60, tal como se indicó en el punto III.5.1.

III.10: La actora reclamó expresamente una tasa activa para calcular los intereses moratorios (punto «III» del memorial).

Le asiste razón.

III.10.1: La Sala que integro se apartó de la doctrina legal fijada por la Suprema Corte en los casos “*Ponce*” (C.101.774), “*Ginnossí*” (L. 94.446, ambas del 21/10/2009) y “*Cabrera*” (c. 119.176 del 15/06/2016) brindando un amplio abanico de razones por las cuales debía escogerse una tasa que asegure la reparación plena (o la *mejor reparación posible*) del daño moratorio, propósito que no se cumple satisfactoriamente de utilizar una tasa pasiva prevista para operaciones bancarias de bajo riesgo (c. 167.589, -“*Melegari, Bernardo...*” del 16/4/2020).

Señalamos allí junto al Dr. Monterisi -cuyo voto acompañé y replicaré en párrafos siguientes- que no existe en el ordenamiento jurídico bonaerense -como tampoco en la Nación- norma expresa alguna que obligue en forma directa a los jueces inferiores a resolver los litigios de conformidad con la doctrina legal fijada por la Suprema Corte de Justicia Provincial en casos análogos. Sus pronunciamientos no resultan legalmente vinculantes para el resto de los magistrados provinciales, más allá que por razones de celeridad y economía procesal, y también deber moral, los judicantes adecuen sus sentencias a la doctrina del Alto Tribunal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Pero es cierto que desde finales de la década de 1950 la Casación había marcado con relativa firmeza la noción de «deber moral e institucional» de ajustar las decisiones a las interpretaciones que constituyen doctrina legal. Así, se afirmó que *«los tribunales inferiores tienen el deber moral de conocer la doctrina legal del superior y -sea por la razón que fuere- si no la comparten, marcar sus diferencias»* y que *«el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley tiende a procurar y mantener unidad en la jurisprudencia y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio de la Corte, insistiesen en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser casadas. Esto no menoscaba el deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta con dejar a salvo sus opiniones personales»* (SCBA, Ac. 2845 "Edelmann..." del 17/11/1959, Ac. 31.507 "Provincia de Buenos Aires..." del 26/10/1982c. 43.223 -"Ramos..."- del 17/1/1992, entre otros).

Esta postura ha sido flexibilizada en años recientes, sobre todo a partir de lo dicho en el caso "Salinas" (C.117.292 del 01/04/2015). Allí la Corte insistió en que sus pronunciamientos tienen efectos vinculantes sumamente fuertes respecto de las demás instancias, no obstante agregó que -y cito textual- *«resolver de una forma contraria a lo que en ellos se establece (lo que, por supuesto, es posible) exige que sean exhibidas razones convincentes, decisivas y atinentes de opuesto sentido»* [de fecha más reciente, véanse C.118.968, "Torres", del 15/07/2015 y C. 120.890, "Canales", del 18/04/2018, el resaltado no se original].

En otras palabras, el deber moral e institucional de seguir al pie de la letra la doctrina legal de la SCBA (dejando a salvo la opinión personal del juez, si fuere distinta) no excluye un razonable margen de decisión para que los tribunales puedan resolver en modo diverso, prerrogativa que queda condicionada a que existan -y se vuelquen en el fallo- motivos fundados para así hacerlo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

III.10.2: Expusimos en el precitado fallo “Melegari” (c. 167.589, 16/04/2020) que el puntapié inicial de la línea jurisprudencial que ha dado forma a la doctrina legal actual de la Suprema Corte tuvo lugar en mayo de 1991, cuando la Casación dictó el fallo “Zgonc” (Ac. 4348 del 21/05/1991). Allí resolvió que a los créditos pendientes de pago que han sido reconocidos judicialmente, trátase de responsabilidad contractual o aquiliana, los intereses moratorios devengados luego del 1/04/1991 deben liquidarse a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días.

La fundamentación de la elección de la tasa llegaría algunos años después en las causas “Cardozo” [Ac.49.439 del 31/08/1993] y “Gómez” [Ac.49.441 del 23/11/1993] en las que la Corte argumentaría que el daño moratorio se repara con la tasa pasiva que obtiene el acreedor en una inversión ordinaria. La tasa activa -se dijo en aquella oportunidad- se sustenta en una hipótesis de hecho que no se puede presumir (la supuesta toma de un préstamo para sustituir lo debido) y que, de haber ocurrido, debe ser invocada y acreditada. Este criterio -y el coetáneo “Yacimientos Petrolíferos Fiscales” de la Corte Federal (Fallos 315:158)- se alineaban con la política antiinflacionaria que acompañaba al recién instaurado Plan de Convertibilidad, haciéndose eco de las pautas desindexatorias contempladas en la Ley 23.928 (arts. 7 a 10) y se amoldaron a un plan económico que se caracterizó por una inflación decreciente y que llegó incluso hasta el 0% mensual, un tipo de cambio fijo y un Banco Central restringido en sus potestades de acción para adoptar medidas de política monetaria (v.gr., emisión de moneda).

Las tasas pasivas que pagaban los bancos en depósitos a plazo fijo en aquella época -reitero: hechos en pesos bajo un sistema nominalista de paridad cambiaria- otorgaban resultados positivos, lo que generaba una ganancia para el ahorrista y constituía un argumento de peso para que varios tribunales optasen por utilizarlas para liquidar intereses



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

moratorios en los litigios al interpretar el alcance de la tasa judicial del por entonces vigente art. 622 del Código Civil [e.g., las distintas Salas de este Tribunal, con diferentes integraciones, se plegaron a esta interpretación: Sala I, c. 81376 -"Banco de Galicia y Buenos Aires"- del 05/09/1991, c. 82364 -"Banco de la Provincia de Buenos Aires"- del 21/11/1991, entre otros; Sala II, c. 96081 -"Risoli"- del 26/03/1991, c. 86337 -"Ratt"- del 15/12/1992, c. 86877 "Di Zinnio"- del 16/03/1993; véanse además plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios", del 2/08/1993 y "Alaniz, Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI interno 200" del 23/03/2004, ambos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil].

Abandonada la convertibilidad mediante la Ley 25.561 e iniciado un nuevo proceso inflacionario, los tribunales de apelación comenzaron a cuestionar la vigencia de la referida doctrina "Zgonc". Ésta decisión había sido adoptada en un marco de estabilidad monetaria y paridad cambiaria que podía justificar, al menos por hipótesis, una alícuota pasiva para calcular el daño moratorio. Pero esa realidad era muy distinta a la que siguió a la crisis del 2001.

La emergencia económica, el mantenimiento del régimen nominalista de las obligaciones dinerarias con repotenciación prohibida y el envilecimiento paulatino -pero a la vez constante- del signo monetario en el que se expresan las condenas [una vez abandonado el tipo de cambio fijo] generaron pésimos resultados en los depósitos a plazo fijo, con tasas que en prácticamente todos los períodos eran inferiores a la inflación real. Esta circunstancia se reflejaba en el pleito de un modo directo y pernicioso: el capital se depreciaba al son de la inflación y el interés moratorio -liquidado a tasas negativas- aseguraba la pérdida del valor real del crédito del actor triunfante (o lo que es lo mismo decir, el paso del tiempo perjudicaba al actor en la misma medida y proporción que beneficiaba ilegítimamente al deudor). Ello llevó a la judicatura a aplicar tasas bancarias activas que, de mínima, pudieran permitir al actor mantener el valor económico de su crédito y eviten resultados tan injustos para el acreedor triunfante (esta Sala así lo hizo en junio de 2007 -c. 126644 -"Zibecchi..."- del 21/06/2007- y también la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil -plenario "Samudio de Martinez", del 20/04/2009, modificando lo resuelto en "Vázquez" y "Alaniz").



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En el marco de esta tendencia jurisprudencial inclinada hacia el uso de tasas activas la Suprema Corte dictó los fallos “*Ponce*” y “*Ginoss*” en octubre de 2009 (C. 101.744 y L. 94.446 del 21/10/2009), donde -por mayoría de decisión y fundamentos- reafirmó el criterio de “*Zgonc*” aun luego de abandonada la paridad cambiaria. Esta Sala se plegaría a ese criterio dejando a salvo su opinión contraria (entre otros, c. 143.933 -“*Márquez...*”- del 19/11/2009, c. 148294 -“*Pérez...*”- del 16/04/2013, entre muchos otros).

La Casación explicó -entre otros motivos que más abajo se analizarán- que *i)* el interés por mora se identifican con la productividad que se ha frustrado a raíz de permanecer impago el capital adeudado; *ii)* no constituyen un rubro resarcitorio causado por el ilícito y que deba ser cuantificado; constituye un menoscabo experimentado por el acreedor a raíz del retardo imputable del deudor; *iii)* la tasa activa, o cualquier otra que exceda la pasiva, contiene componentes que no se compadecen con los intereses que debe afrontar el incumplidor moroso (gastos operativos, ganancia, encaje, riesgo, etc.); *iv)* la tasa activa tiene un plus que es el costo financiero de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales; *v)* la tasa activa constituye un modo solapado o encubierto de indexar el capital y ello está prohibido por los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928; *vi)* la desarticulación del sistema de convertibilidad no implica la necesidad de modificar el criterio que la SCBA desarrolló en “*Zgonc*”.

La segunda década de este siglo se inició con una aceleración de la inflación que impactó de lleno en la regularidad del trámite y solución de los litigios. El capital de condena comenzó a licuarse con mayor rapidez y los deudores se beneficiaban con cada segundo de tiempo que insume el pleito. Muchos jueces, dentro de los que me incluyo, volvimos a mostrarnos preocupados por esta situación y los resultados injustos que la tasa pasiva generaba en el crédito de los actores. La decisión que adoptó la Sala no fue insistir con las tasas activas [pues el fallo “*Ponce*” había sido una señal clara de la inconveniencia de ese camino] sino mejorar la tasa pasiva



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

escogida por la Suprema Corte. Dictamos dos sentencias (casos “Avila” -causa 156.126, del 9/9/14- y “Rojas”-causa 155.954, del 04/09/2014) en las que se buscó una solución alternativa, compatible -en lo posible- con la doctrina legal de la Corte. La opción escogida fue utilizar la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo “digital” a treinta días (es decir, aquellos cuyos fondos son captados no por ventanilla sino a través del sistema Homebanking de la entidad, denominado comercialmente “Banca Internet Provincia” o “BIP”), y en su modalidad “tradicional” (esto es, sin posibilidad de cancelar anticipadamente).

La situación no mejoró en los años subsiguientes: en la segunda mitad de la década de 2010 la economía se contrajo y la inflación continuó escalando a niveles alarmantes. En los años 2016, 2017 y 2018 el Índice de Precios al Consumidor promedió el 42% anual [Fuente: INDEC] y las crónicas periodísticas dieron cuenta que la inflación de 2019 fue la más alta en los últimos 28 años, con un índice que trepó hasta el 53,8% con relación al año anterior (Muscatelli, Natalia, “La inflación de 2019 fue la más alta de los últimos 28 años”, Diario Clarín del 15 de enero de 2020; disponible *online* en clarin.com).

La tasa “BIP” rápidamente mostró su debilidad: era y continúa siendo una tasa negativa que no permite mantener el valor económico del capital de condena. Su aplicación en la práctica genera incentivos para que deudores malintencionados tomen provecho del litigio como mecanismo de licuación de pasivos (resultándoles conveniente ser demandados o, si ya están en juicio, demorar el trámite del pleito a como dé lugar) o incluso -tratándose de deudores solventes- como una forma ilegítima de financiación en la que demoran el pago de lo debido, licuan su deuda e -ínterin tramita el pleito- hacen rendir ese capital por medios más redituables [v. esta Sala, *in re* “Curry”, c. 162215 del 27/4/2017].

El Código Civil y Comercial no abandonó el nominalismo, sino que únicamente lo moderó al positivizar las ya reconocidas deudas de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

valor, donde el *dinero no es lo que se debe sino lo que se paga* y en las que el acreedor invoca un *quid* o *utilidad* que puede ser cuantificada en un momento posterior al nacimiento del crédito. Este artilugio, diseñado originalmente como una salida teórica para evitar las injusticias que genera el nominalismo en épocas de crisis monetaria, se ha utilizado de manera generalizada en la amplia mayoría de los procesos que tramitan ante el fuero civil, comercial y de familia (responsabilidad civil, medianería, colaciones, alimentos, etc.).

Pero, aun así, el mayor provecho que tiene este recurso conceptual se ha visto desvirtuado por el sistema de “conversión” que el legislador reguló en el art. 772 del CCyC: la deuda de valor, dice el artículo, *en algún momento* -que no se aclara cuál es- *se convierte en obligación dineraria* y si ello no ocurre con el pago, la protección del crédito frente a la inflación se ve severamente limitado. En el proceso judicial -salvo supuestos excepcionales- esa conversión opera en la sentencia definitiva y en algunos casos incluso antes: en la etapa de producción de las pruebas a cuyo resultado el propio actor supedita su reclamo (lo que, congruencia mediante, constituye el techo nominal para cuantificar en dinero el valor controvertido según una reiterada doctrina legal de la Suprema Corte).

La combinación del nominalismo -aun en su versión moderada- con la constante depreciación del signo monetario y el funcionamiento limitado de la categoría deuda de valor (que en los últimos años la judicatura ha usado de manera cotidiana pero que en el mejor de los casos protege al crédito solo hasta su conversión en la etapa probatoria o en la sentencia), genera un resultado ya conocido: basta el paso del tiempo que insume todo pleito para que el crédito del actor se vea desmantelado en su valor real por la pérdida del poder adquisitivo de las unidades monetarias en las que se expresa naturalmente (si es dinerario) o en las que se expresará por conversión, al ser cuantificado en dinero por un juez (si es de valor).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Mediando inflación y no pudiéndose acudir a mecanismos de corrección o repotenciación, cada minuto que pasa el deudor condenado debe menos y su beneficio es proporcional al deterioro patrimonial que padece el acreedor triunfante. Una tasa moratoria negativa no hace más que agravar e intensificar este problema

En este crítico contexto, la Suprema Corte volvió sobre el uso de tasas pasivas propias de inversiones bancarias de bajo riesgo. Lo hizo en *“Ubertalli”* (causa B. 62.488), donde resolvió que al crédito de la reclamante -sobre el cual tampoco había tasa legal o convencional aplicable- debían adicionársele intereses moratorios a calcular conforme *«la tasa pasiva más alta»* fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso». Poco menos de un mes después, el mismo Tribunal dictó sentencia en autos *“Cabrera”* (causa C. 119.176, del 15/06/2016), ratificando -ahora en un caso de derecho civil- lo afirmado en *“Ubertalli”* aunque agregando que los intereses debían liquidarse desde el *día del hecho* (fallo cit., voto de la Dra. Kogan, considerando V.b, último párrafo).

Esto último era relevante porque era una práctica cada vez más extendida de los tribunales la aplicación de tasas puras -del 4% o 6%- para calcular los intereses moratorios desde que se produce el perjuicio y hasta el momento en que se cuantifica el resarcimiento, y de allí en más la tasa bancaria fijada por la doctrina legal (considerando al crédito resarcitorio como una *deuda de valor* cuantificable a valores actuales). Este modo de liquidar intereses moratorios -implícitamente aprobado por la SCBA en *“Padín”* [c.116930 del 10/08/2016]- podía considerarse defectuoso ya que si se utilizan tasas bancarias [pasivas o activas] que han sido determinadas en función del fenómeno inflacionario y se las aplica en forma retroactiva sobre un capital que ya fue cuantificado teniendo en cuenta el envejecimiento del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

signo monetario (sea por vía de indexación, o vía de cuantificación actualizada de un cierto valor controvertido), se produce una distorsión que altera el significado económico de la condena y que encierra -en este punto- un enriquecimiento del acreedor que carece de causa (la modalidad de tramos de tasas puras y judiciales ya había sido convalidada por la Corte Federal para evitar estos problemas en fallos que se remontan hasta los inicios de la década del setenta; véase, entre otros, "*Nación Argentina c. Rodríguez de Moldes*" -Fallos: 283:235, del 16/08/1972-, "*S. A. La Razón E.E.F. y C. c/ Nación Argentina*" -Fallos: 283:267, del 30-08-1972- y en "*Tawil, Ricardo S. y otro c. Teisaire, Arturo*" (Fallos: 288:164, del 11-03-1974, por solo mencionar algunos).

Liquidar intereses "desde que se produce el perjuicio" sin distinguir el momento en que se cuantificó la deuda de valor terminaba generando una suerte de compensación indebida -aunque en cierta forma justa- a favor de una víctima que ya había sido perjudicada: el actor terminaba recibiendo por un lado (intereses mal liquidados) parte de lo que perdía por el otro (capital depreciado por la inflación acumulada durante la mora).

Finalmente, en 2018 el Alto Tribunal reparó en las objeciones que podían ser formuladas sobre ese modo de calcular los acrecidos por mora que acceden a deudas de valor (liquidados *desde el día del hecho*) y cambia su posición en los fallos "*Vera, Juan Carlos*" (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y "*Nidera S.A.*" (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018). Dice allí que en los casos en los que sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un *quantum* a valor actual (como ocurre en la vasta mayoría de los litigios de responsabilidad civil), los intereses moratorios sobre el crédito indemnizatorio deben liquidarse aplicando una tasa pura del 6% anual que se devenga desde que se hayan producido los perjuicios y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.). De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (en este punto se mantiene vigente lo resuelto en "*Cabrera...*" -c. 119176, del 15-6-2016).



III.10.3: En el precitado caso “Melegari” (c. 167.589, cit.), este Tribunal desarrolló cinco líneas argumentales para justificar la razón por la que se considera necesario apartarse de la doctrina legal que rige en la materia y abandonar el uso de tasas pasivas para liquidar intereses moratorios (confr. SCBA, in re “Salinas” C.117.292 del 01/04/2015).

III.10.3.1: El problema de utilizar tasas de rendimiento negativo

La tasa que el Banco de la Provincia paga a sus clientes por captar sus ahorros mediante depósitos a plazo fijo es [y ha sido desde hace muchos años] negativa. Una tasa negativa (es decir, inferior a la inflación), por definición, es incapaz de cumplir la función que se le adjudica en los artículos 622 del CC y 768.c del CCyC (reparar el perjuicio ocasionado por la mora del deudor).

El uso de tasas pasivas pudo tener sentido en el momento en el que originalmente fue planteada, a inicios y mediados de la década de 1990 (fallos “Zgonc” -1991-, “Cardozo” -1993-, y “Gomez” -1993-). Como se dijo, el Plan de Convertibilidad generó una economía relativamente estable a base de un tipo de cambio fijo y una paridad peso-dólar. Ello permitió que las tasas por depósitos bancarios ofrecieran resultados positivos y, en la medida en que el capital no se depreciaba, las alícuotas que pagaban los bancos permitían que el depositante recibiera un “plus” (un interés, una renta) por prestarle su dinero a la entidad financiera mediante una colocación a plazo fijo.

Pero no es esa la realidad que sobrevino a la crisis del 2001 y a la salida de la convertibilidad. Con inflación galopante y una crisis económica acuciante, las tasas pasivas bancarias utilizadas como referencia para liquidar intereses judiciales comenzaron a dar resultados negativos frente a la depreciación del capital. Ya en marzo de 2017 las crónicas periodísticas explicaban que, según la información publicada por el Banco Central de la República Argentina, «*el plazo fijo fue uno de los peores*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

negocios de la última década» y que las tasas pagadas por los bancos «nunca le ganaron a la inflación desde 2003» (Rafele, Esteban, "En una década, los plazos fijos perdieron más del 100% contra la inflación", Todo Noticias Online, del 03/03/2017, disponible en tn.com.ar).

En la actualidad, las tasas históricas y las estadísticas enseñan que el rendimiento del plazo fijo del Banco de la Provincia de Buenos Aires es persistentemente negativo, prácticamente ruinoso en el mediano y largo plazo (esto es, en un plazo análogo al que dura la mora de los créditos sometidos a litigio). A ello se suma que la Suprema Corte -siguiendo en este punto la doctrina de la Corte Federal: Fallos: 316:3131 -"Fabiani..." del 16/12/1993 y Fallos: 325:2652 -Okretich..."- del 15/07/1997- no admite la capitalización de intereses moratorios, pues no hay pacto que lo autorice y ni el art. 623 del CC ni el 770 del CCyC contemplan a este supuesto dentro de los casos autorizados de anatocismo. Esto significa que la inversión bancaria que constituye la referencia para la cuantificación del daño generado por la mora opera de la peor manera posible: el ahorrista que afecta durante años un dinero a plazo fijo pero que en lugar de renovar mes a mes el depósito capitalizando las rentas devengadas (y, con ello, aumentando la base para liquidar futuros intereses), opta por retirar las ganancias y afectar únicamente el capital originario a un nuevo período.

Algunas cuentas permiten ejemplificar el problema. Imaginemos un hipotético pleito en el que el actor triunfa y le es reconocido un capital de condena de \$350.000 en mora desde enero de 2017 y cancelado en enero de 2020 (en nuestro ejemplo no habrá tramos de tasas de interés puras sino que se utilizarán exclusivamente tasas bancarias durante todo el período de mora). Tres años es un plazo razonable de duración de un pleito (incluyendo etapas de postulación, debate y prueba mediante sistemas de oralidad, recursos ordinarios y ejecución) e incluso cabe hacer foco en períodos posteriores al mes de base que el INDEC constituyó al modificar la medición del IPC (diciembre de 2016=100). De ese modo, se utilizarán estadísticas públicas posteriores al período 2007-2015 en el que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

fiabilidad de los datos reportados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos fue objeto de severos cuestionamientos.

En el cuadro que sigue, se comparan el capital nominal de condena (\$350.000), su actualización anual por IPC-GBA (que nos dice cuántas unidades monetarias necesitamos en la provincia de Buenos Aires para equiparar el poder adquisitivo del capital original), la dimensión de la pérdida del poder adquisitivo del capital (puro, sin intereses) y, finalmente, el capital de condena liquidado con intereses calculados a la tasa judicial más alta que paga el Banco Provincia en depósitos a 30 días. El cálculo de actualización por medio del IPC lo hice mediante cálculos propios en Excel y en el que utilicé estadísticas públicas [como dije, el IPC-GBA difundido por el INDEC] aunque similar resultado se obtiene acudiendo a herramientas online (por caso, la aplicación disponible en el sitio www.calculadoradeinflacion.com), en tanto que las liquidaciones de la columna final las hice con el calculador de intereses de la página web de la Suprema Corte que se nutre de la información brindada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

	Capital nominal de condena	Capital actualizado (IPC-GBA)	Depreciación acumulada del capital	Capital de condena + tasa más alta depósitos a 30 días [doctrina legal]	Depreciación del capital liquidado con tasa más alta depósitos a 30 días
Enero de 2017	\$ 350.000,00	-			
Enero de 2018	\$ 350.000,00	\$ 439.013,63	20,28%	\$418.937,45	4,58%
Enero de 2019	\$350.000,00	\$ 653.870,41	46,48%	\$532.048,97	18,64%
Enero de 2020	\$ 350.000,00	\$993.218,90	64,77%	\$ 683.598,41	31,18%

El cuadro es ilustrativo y permite hacer algunas observaciones.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

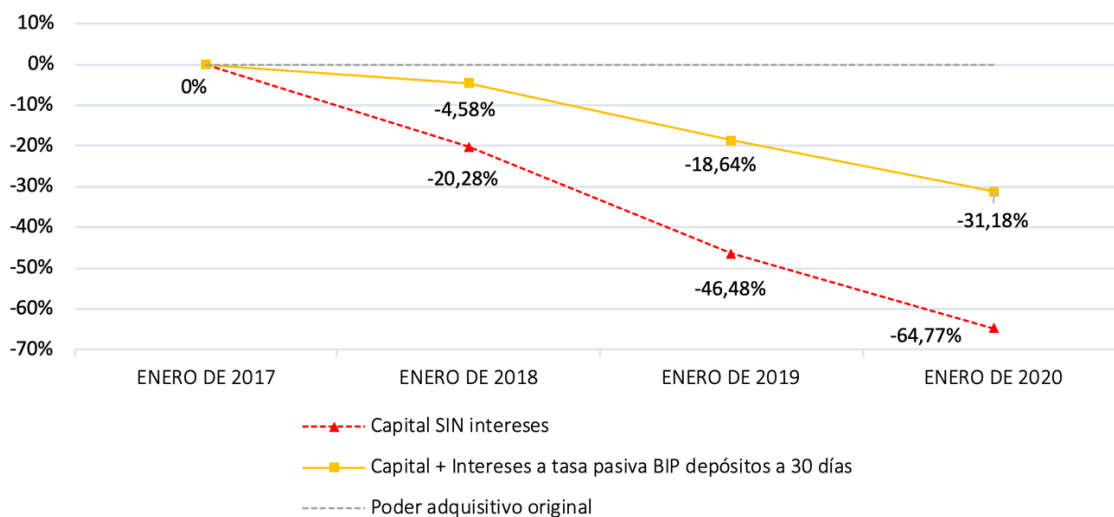
La primera es que se necesitaron en enero de 2020 \$993.218,90 para equiparar el poder adquisitivo de los \$350.000 de enero de 2017 (de nuevo: hablamos aquí del capital puro que el actor tenía derecho a cobrar, desprovisto de cualquier interés moratorio). Luego, cualquier liquidación de ese capital de \$350.000 a enero de 2020 que sea menor que \$993.218,90 constituirá una pérdida directa para el acreedor. En segundo lugar, el capital de condena con más intereses calculados con la tasa propuesta por la doctrina de la Suprema Corte arroja un total de \$683.594,41 que equivale al 68,82% del capital actualizado sin intereses (o sea, la deuda liquidada con más de 36 meses de devengamiento de intereses arroja un total que equivale a solo dos tercios del valor real del capital original). En tercer lugar, la aplicación de la tasa pasiva *más alta* que ofrece el Banco de la Provincia de Buenos Aires para plazo fijo digital a treinta días es negativa en todos los períodos durante los cuales operó la mora e igual carácter tiene al momento del pago. Por último, se aprecia que durante la mora el capital del actor se depreció un 64,77% y los intereses devengados a la tasa más alta que paga el Banco Provincia por depósitos a treinta días importaron una pérdida neta del 31,18% del capital (los 683.598,41 pesos no logran alcanzar los \$993.218,90 que serían necesarios para, al menos, no perder poder adquisitivo del capital).

En forma gráfica:

[Gráfico 1 del Anexo que acompaña a esta sentencia en formato digital]

Pérdida del poder adquisitivo

[Capital sin intereses vs. capital con intereses a tasa pasiva "BIP"]



El gráfico permite mostrar que el actor que triunfa en el litigio no solo no recibe ni un centavo de interés moratorio (puesto que ninguna reparación obtiene por las consecuencias de la mora) sino que además recibe *muchísimo menos* del valor real del capital de condena: los \$350.000 que recibe en enero de 2020 conservan solo el 35,23% del poder adquisitivo que tenía esa misma suma cuatro años antes, al momento en que el deudor debió cumplir su obligación. Adicionarle los intereses a la tasa propuesta por la SCBA solo logra atenuar un pésimo resultado: el total a abonar representará el 68,82% del valor original del capital sin intereses. Todo lo que pierde el actor constituye -en idéntica medida- una ganancia ilegítima para el deudor incumplidor.

La Corte Federal ha resuelto en forma reiterada que “*uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley y, además, la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto*” (*in re* "Baliarda, José L. y otros",



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Fallos: 303: 917, del 2/7/81, el subrayado me pertenece; con cita de precedentes en Fallos 234:482, 295:1001, 299:167, entre otros; más recientemente en Fallos 305:1254, 332:2307).

Una tasa negativa puede tener sentido desde el punto de vista macroeconómico (por caso, por ser consecuencia de decisiones de política monetaria, voluntad de las autoridades de fomentar el consumo, etcétera), pero no puede operar útilmente como mecanismo de reparación de un perjuicio patrimonial (y tal es, en definitiva, el propósito que le adjudica el legislador al interés moratorio).

Las tasas negativas nada reparan, nada indemnizan. Una decisión jurisdiccional que aplica tasas negativas no solo resulta contra intuitiva (pues, para cumplir la manda legal de *dar algo más* los jueces terminamos aplicando una referencia que bien sabemos asegura *dar mucho menos*), sino que además constituye un absurdo: algo semejante a indemnizar un daño mediante una suma de dinero representada por un número o valor negativo (lo que, en los hechos, implica que es el acreedor quien "le paga" al deudor el costo de la mora mediante una compensación inexistente del daño y -más grave aún- una disminución sistemática de su crédito).

En definitiva, la utilización de una tasa negativa no solo refleja un problema conceptual (un desfase entre el fin contemplado por la ley [reparar el daño moratorio] y el medio escogido para cumplirlo [una alícuota que solo asegura pérdidas]), sino que además genera efectos prácticos completamente nocivos en el proceso, sea en términos de justicia de la decisión que pone fin al diferendo (y en los que se reconocen derechos que rápidamente se deprecian), sea en términos de generación de incentivos perniciosos que fomentan el litigio innecesario, sea en términos de habilitar la financiación judicial de deudores solventes, etcétera.

III.10.3.2: *El problema de acudir a una ficción de un actor con capacidad de ahorro*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

El interés por mora es el resarcimiento por la falta de cumplimiento puntual y oportuno de la obligación: es una indemnización que se devenga *ex lege* y que busca reparar el daño que genera el pago tardío de lo debido. Es un perjuicio que se presume (o, como decía el hoy derogado art. 560 del C.Com: se debe *“aunque el acreedor no justifique pérdida o perjuicio alguno”*) y que guarda relación causal -adecuada y también presunta- con el incumplimiento de la obligación.

Ni el sistema escogido por Vélez con influencia de la legislación francesa [art. 622 del CC] ni el actual [art. 768.c del CCyC] admiten una consideración concreta de este daño, lo que implicaría el enorme costo de indagar en cada supuesto particular qué inconvenientes generó la mora para el acreedor litigante. Para evitar ese problema la ley regulaba y regula actualmente un mecanismo de tarifación en abstracto mediante el uso de una tasa o alícuota de interés con el cual se cuantifica el accesorio que acrece al capital. De acuerdo a lo normado en los artículos 622 del Código Velezano y 768 inc. “c” del Código Civil y Comercial, el interés debe ser liquidado a la tasa que hubieren convenido las partes, a la que resulte aplicable por ley o la que fije el juez.

La pregunta central es *qué tasa debe elegir el juez allí donde las partes y la ley nada previeron al respecto*, como ocurre -por caso- en la vasta mayoría de los pleitos de responsabilidad civil. Desde un punto de vista estrictamente teórico, el problema de la elección de la tasa de interés se vincula con la consideración del tipo de daño que sufre el acreedor. Para ello se postulan ideas-ficción basadas en un modelo de comportamiento presunto de un acreedor impago (*«¿qué hubiera hecho el actor [cualquier actor] con el dinero si el deudor le hubiera pagado en tiempo y forma?»*), todo ello como modo de racionalizar la tarifación genérica del perjuicio, con independencia de consideraciones concretas de lo que ocurre en cada pleito y con independencia también de lo que hubiera hecho -o efectivamente hizo- cada acreedor en particular.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Las posiciones son dos: por un lado, están aquellos que identifican el daño del acreedor con un lucro cesante representado por la frustración de la renta que hubiera obtenido el actor de haber colocado a plazo fijo el capital que el demandado le adeuda (proponiendo para ello el uso de la tasa que paga el Banco Provincia para captar el ahorro público -tasa pasiva aplicable al tipo de negocio de captación-). Esta posición presupone que el acreedor, de haber sido satisfecho en tiempo y forma, hubiera utilizado el dinero para el ahorro y la obtención de una retribución mediante una inversión bancaria de bajo riesgo.

Del otro lado, están quienes identifican el daño moratorio con el costo que le conlleva al acreedor tener que recurrir al crédito para suplir la ausencia de un dinero que estaba destinado al consumo de bienes y servicios. En tal hipótesis, el perjuicio se repara reconociendo al acreedor un interés calculado a la tasa que cobró la entidad financiera en una determinada operación de crédito (la tasa activa vinculada a la forma de financiación que se considere que acudió el acreedor para sustituir el capital debido).

En el caso “Melegari” (c. 167.589 del 16/4/2020) esta Sala sostuvo que al postular modelos de comportamiento y fijar ficciones sobre *lo que hubiera hecho el actor si el demandado le pagaba oportunamente* corresponde atender a la coyuntura en la que esa propuesta conceptual opera; la presunción legal que subyace al interés moratorio no debe diseñarse sobre la base de hipótesis implausibles o improbables en el ámbito y en el contexto en el cual cumplen su propósito. Al contrario: aun cuando esa ficción aprehenda un conjunto enorme de situaciones disímiles (que en algún caso coincidirá con la realidad y en otros tal vez no), es razonable -al menos metodológicamente- escoger aquel modelo que consideremos *más probable* o el que pueda representar *a la mayor cantidad de situaciones* que se verifican en los pleitos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Es por ello que consideramos en su momento -y consideramos todavía hoy- que no resulta prudente afirmar que la generalidad de los actores que litigan un crédito resarcitorio o de otra naturaleza en los tribunales de justicia hubiera destinado el capital que se les adeuda al ahorro y a la inversión a plazo fijo. La experiencia nos enseña que la situación de la mayoría de las personas que golpean las puertas del Poder Judicial en busca del reconocimiento de un derecho (sobre todo, víctimas de daños injustos en pleitos de responsabilidad civil) no es compatible con la ficción de un acreedor que puede disponer de un excedente para invertir en el sistema financiero.

Parece más razonable -o *más acorde a lo que ocurre en la generalidad de los casos*- afirmar que, en aquel particular y delicado contexto económico, el capital impago era un dinero que el acreedor bonaerense iba a destinar al consumo de bienes y servicios: comprar comida, afrontar gastos de vivienda, cubrir costos de educación de sus hijos, pagar servicios públicos, reparar o acondicionar bienes muebles o inmuebles propios, etcétera. Ello sin contar que muchas de las indemnizaciones, por la naturaleza del daño que pretenden reparar, permiten presumir un uso *puntual y específico del dinero adeudado* que no es compatible con la afectación a plazo fijo sino con el consumo de bienes y servicios (v.gr., el daño moral frente a una afectación espiritual presupone el consumo de aquello que genere satisfacciones sustitutivas y compensatorias; la indemnización por lucro cesante presupone el uso del dinero para cubrir el ingreso afectado por las lesiones sufridas por la víctima que le imposibilitaron ejercer sus labores, etcétera).

De lo anterior se sigue que el interés moratorio no debe suplir un lucro cesante basado en un hipotético ahorro a plazo fijo sino indemnizar el daño emergente representado por el costo de sustitución del capital que el deudor no ha querido o podido pagarle oportunamente a su acreedor y ello, a su vez, supone el reconocimiento judicial de una tasa



moratoria activa vinculada con la operación bancaria a la que consideremos que debió acudir para procurarse ese dinero.

III.10.3.3: El problema de considerar que solo las tasas activas contemplan la inflación

Una de las razones por las que se censura el uso de las tasas activas es que constituyen alícuotas que contemplan la depreciación del dinero dentro de sus escorias o componentes internos y que, además, su uso implica incurrir en mecanismos de indexación.

Ambas afirmaciones son cuestionables.

Cualquier producto bancario contempla la inflación, inclusive el propio plazo fijo a treinta días que ofrece el Banco de la Provincia de Buenos Aires. La inflación repercute en la tasa activa y también en la pasiva, tanto como repercute en los precios de cualquier otro producto o servicio bancario. Es erróneo afirmar que solo un tipo de tasa (la activa) contempla la depreciación de la moneda y la otra (la pasiva) es independiente de esa evolución. Cualquier contrato de duración que implique obligaciones de dar sumas de dinero y deba operar en contextos inflacionarios contendrá previsiones vinculadas a la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario.

Tampoco compartimos aquella afirmación en la que se señala que las tasas activa es un mecanismo de repotenciación. Esta afirmación encierra dos problemas: uno, identificar el funcionamiento del interés con los mecanismos de repotenciación a que refiere la Ley 23.928; luego, restringir que el efecto que la Casación reprueba (la alegada indexación) solo sería propio del uso de una de las tasas -la activa- y no de la otra -la pasiva-.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Si la tasa que pagan los bancos para captar el ahorro público prevé la depreciación de la moneda, pues entonces forzoso es concluir que la tasa pasiva también, en alguna medida o proporción, repotencia el capital que constituye el ahorro. Y es natural que lo haga dado que lo mínimo que pretende el ahorrista al finalizar el plazo de indisponibilidad es retirar una suma de dinero que tenga [o se acerque lo máximo posible a tener] el mismo valor real que tenía cuando la colocó, más el interés o renta que el Banco le ofrecía, por bajo que éste sea al tratarse de una inversión de poco riesgo. Podremos argumentar -como ya se ha hecho- si esa repotenciación es suficiente para superar el índice de inflación, o si en los hechos, y por las más variadas razones macroeconómicas y de política monetaria, opera como un ahorro que a la larga conlleva una pérdida (una tasa real negativa). Pero lo que no es susceptible de debate, me parece, es que la actualización del valor económico del capital depositado existe, aunque sea incompleta o insuficiente a mediano o largo plazo.

Cuando la Suprema Corte dictó los fallos “Vera” y “Nidera S.A.” atendió al supuesto particular en el que los jueces calculan indemnizaciones a valores actuales (esto es, traducen en una suma de dinero actualizada un cierto valor controvertido) y a ese crédito le aplican la tasa pasiva más alta del Banco Provincia *desde la fecha en que se produce el perjuicio*. La Corte consideró que esa modalidad es errónea en tanto *"sobrestima la incidencia de ciertos componentes sin causa justificada y arroja un resultado que excede de la expectativa razonable de conservación patrimonial"* (considerando II.3.e.iii. y I.3 de los votos del Ministro Soria en “Vera” y “Nidera S.A.”, respectivamente). Es claro -a la luz de lo que luego resolvió sobre el punto en cuestión- que la SCBA admite que el uso retroactivo de tasas pasivas sobre créditos actualizados genera una doble forma de repotenciación: la ínsita en la estimación actual de la indemnización pretendida y la que acarrea el uso de la tasa que paga el Banco Provincia. En otras palabras: en los fallos Vera y Nidera S.A. *se reconoce que la tasa pasiva trae consigo una actualización*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

del capital y es por ello que propone el uso de tasas puras para el primer tramo de devengamiento, hasta el momento tenido en cuenta para la cuantificación (tasas que -por definición- no internalizan ningún tipo de depreciación monetaria).

A ello cabe agregar que no parece conveniente identificar dos fenómenos de muy diversa naturaleza: la repotenciación de obligaciones y el funcionamiento de un interés. La indexación es un mecanismo de cálculo para mantener el poder adquisitivo de una suma de dinero; el interés implica reconocer *un plus*, o complemento que se suma a la deuda de capital, sea como forma de contraprestación frente a un servicio [interés compensatorio] o como mecanismo de reparación [interés moratorio]. Son dos operaciones que obedecen a razones distintas y no deben ser confundidas.

El hecho de que las tasas activas y pasivas contemplen al envilecimiento de la moneda dentro de sus componentes internos no significa que una u otra operación importe una “repotenciación” en los términos de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928. La actualización del capital internalizada en una tasa bancaria es una exigencia técnica imprescindible -un *requisito sine qua non*- sin el cual no es posible que el contrato -de ahorro, de préstamo, etc.- opere de manera natural en contextos inflacionarios. No se trata de aplicar tasas bancarias “con una solapada finalidad indexatoria”, como reprocha la Casación: en verdad, no hay modo de dar “algo más” (un interés, a la tasa que sea) si al momento de liquidar el accesorio el capital ya vale muchísimo menos.

De hecho, si se reprueba el uso de tasas activas para el cálculo de intereses moratorios so *pretexto* de que ello importaría un mecanismo solapado de indexación que prohíben los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928, idéntico criterio debiera adoptarse con relación a aquellos litigantes que persiguen el cobro de sus créditos aplicándole tasas activas pactadas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en los contratos de base (v.gr., entidades financieras). Tales alícuotas internalizan no solo la ganancia neta esperada -y otras escorias- sino también una prima por desvalorización del dinero prestado. No importa aquí que en un caso la tasa se use para tarifar el daño moratorio (interés moratorio o punitivo) y en otra para calcular el precio de un producto financiero (interés compensatorio): la supuesta repotenciación del capital operaría indistintamente en ambas operaciones y no encuentro razones válidas para permitirlo en un caso y censurarlo en el otro. La amplitud de la prohibición de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 tampoco permitiría generar distinguos entre ambos supuestos.

De aceptar el argumento propuesto por la Suprema Corte, las entidades financieras -o, llegado el caso, cualquier acreedor contractual- no deberían poder percibir sus créditos a las tasas que usualmente cobran en la medida en que tales alícuotas, para garantizar una ganancia, deben incrementar nominalmente el capital de acuerdo a la inflación esperada (práctica que, enmarcada en la lógica argumental que la Corte propone, quedaría aprehendida por la prohibición de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928).

Quizás la sanción del nuevo Código Civil y Comercial despejó cualquier tipo de duda sobre la debilidad de la premisa que pretendo derrotar. El art. 552 establece que los intereses moratorios devengados sobre créditos alimentarios deben liquidarse *"a la [tasa activa] más alta que cobran los bancos a sus clientes"*. No se trata de aplicar por analogía la regla del art. 552 del CCyC al resto de las obligaciones que son objeto de litigio en los tribunales civiles y comerciales (como se debatió en el fallo *"Cabrerá..."* -v. votos de Pettigiani, Hitters y de Lazzari-), sino de reparar en el hecho de que el propio codificador escogió una tasa activa para liquidar intereses moratorios de un tipo particular de crédito.

III.10.3.4: *La idea de que el problema es la inflación y no la tasa.*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En algunos precedentes la Suprema Corte ha deslizado la idea de que «*con la fijación de los intereses no se intentará corregir la depreciación monetaria o subsanar los efectos de la crisis económica*» (c. 99066 -"Blanco de Vicente"- del 11/05/2011; C.105020 -"S., M.P"- del 14/03/2012).

Cabe interpretar esta idea del siguiente modo: la ficción del daño moratorio tarifado sobre la base de una renta frustrada constituye una propuesta que debe ser ajena al modo en el que opera en la práctica y el resultado concreto que ese tipo de inversión tiene en cada período. Es decir, podría afirmarse -en una hipotética refutación a algunos de los argumentos que se han desarrollado en párrafos precedentes- que igualmente el daño moratorio debe identificarse con la renta frustrada de un capital colocado a plazo fijo, aun cuando en tal o cual época (y según cuáles hayan sido los vaivenes de la economía) ese negocio haya tenido un resultado negativo y el ahorrista, por ese motivo -si se quiere, coyuntural y ajeno al proceso- no obtuvo ninguna ganancia.

Pero este modo de razonar tiene tres problemas.

El primero es constitucional. La premisa podría ser admisible si la tasa propuesta por la SCBA generase un resultado tal en el que el valor del capital de condena se conserva y, llegado el caso, la inflación (o, como dice la Corte, *los efectos de la crisis*) repercuten únicamente en la extensión del interés moratorio que accede a ese capital. O sea, sería [relativamente] admisible el argumento si como consecuencia de la inflación *el actor triunfante no pudiese recibir la totalidad del interés moratorio que idealmente le hubiera correspondido, pero al menos recibe el valor real del monto de condena con más otro tanto.*

Pero -como vimos- no es ese el escenario que se presenta en el proceso civil y comercial bonaerense. Aquí la tasa que aplicamos los tribunales es y ha sido negativa en la última década y media, lo que significa que traslada del deudor perdidoso al acreedor triunfante el costo de la mora.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Quien gana el pleito termina pagando de su bolsillo el costo del pago tardío de lo que es debido (incluyendo el tiempo que insumió el proceso judicial al cual el actor debió acudir para que un juez obligue al deudor a cumplir la obligación).

Semejante resultado genera un inconveniente constitucional difícil de superar puesto que la tasa pasiva -incluso la «más alta»- no sólo no opera como un verdadero interés (dado que el acreedor no obtiene “algo más” sobre el monto de su crédito) sino que opera como un mecanismo que posibilita -digo más: asegura- que el vencedor termine cobrando “bastante menos”. Y tratándose de un crédito indemnizatorio, como ocurre en la vasta mayoría de los pleitos en los que esa tasa judicial opera, se genera allí una afectación a la *integralidad de la reparación* que constituye para la víctima un derecho garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 308:1160, *in re "Santa Coloma"*, 308:1118, “*Gunther*” y 308:1109 “*Luján*”, todos del 05/08/86, 321:487 -“*Peón*”- del 17/03/1998, 327:3753 -“*Aquino*”- del 21/09/2004 entre muchos otros).

El segundo problema es conceptual. No parece razonable intentar separar algo que constituye una unidad inescindible: no es posible predicar independencia -ni práctica ni teórica- entre una tasa de interés y la economía inflacionaria en la que ella opera. No hay operación bancaria (activa o pasiva) que no tenga en cuenta la depreciación del signo monetario por lo que no hay tasa bancaria (ni aplicación de ella en un proceso) que pueda ser ajena a consideraciones coyunturales o vinculadas a la volubilidad del valor de la moneda.

Afirmar que *el interés no intenta corregir la depreciación* es una propuesta que solo funciona en el plano de las ideas, pero no en el terreno de la praxis. Si se tarifa el daño moratorio acudiendo a ficciones con base en operaciones bancarias presuntas (como ahora expresamente lo exige el inciso “c” del art. 768 del CCyC), el envilecimiento del peso argentino será un elemento inescindible de cualquier alícuota que el juzgador escoja: sea una tasa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

pasiva (como la que propone la Suprema Corte), sea una activa (como la que más abajo propondré al acuerdo).

Las consecuencias que se siguen de utilizar tasas inferiores a la inflación (afectación al derecho patrimonial del actor, enriquecimiento incausado del deudor, litigiosidad, financiación judicial, etc.) no deben ser consideradas como meras externalidades negativas de un problema estrictamente coyuntural (consecuencias indeseadas de la inflación) sino como lo que en verdad son: un resultado injusto que, además de ser causado por la inflación, reconoce como concausa a la elección desacertada que hacemos los jueces al elegir un parámetro económico estéril para tarifar el daño moratorio y cumplir los propósitos que el legislador contempló en los artículos 622 del CC y 768.c del CCyC.

No debemos perder de vista que el contenido económico de las sentencias no se mide en cantidad de unidades monetarias sino en términos de poder adquisitivo de los montos que recibe una parte y abona la otra: el nominalismo es un principio económico pero no un parámetro para determinar la justicia de una decisión.

El dinero no tiene valor intrínseco: vale lo que con él se puede comprar. De allí que lo que determina que una sentencia sea o no justa (o que permita o no satisfacer el interés del acreedor que se reconoce como tal) es el valor real del crédito, la aptitud de ese dinero para adquirir bienes y servicios en el mercado. Y como el proceso no es una fotografía estática, sino una película en movimiento que insume tiempo (y a veces mucho), la sentencia no solo debe atender al valor *que tuvo* el crédito del actor al momento de su nacimiento, sino *al que tiene* al ser cuantificado y *al que tendrá* cuando finalmente sea pagado voluntaria o compulsivamente por el deudor vencido. El interés moratorio puede -y debe- cumplir un rol central para satisfacer ese propósito.

De allí que esta Sala no concuerde con todas aquellas



argumentaciones que, enclavadas en la prohibición que regulan los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 (y la no del todo justificada idea de que actualizar créditos litigiosos generaría algún impacto en la economía de un país), promueven criterios que terminan frustrando la operatividad de los intereses moratorios como modalidad de reparación de perjuicios y lo hacen sobre la base de una cuestionable concepción nominalista de las condenas dictadas en la justicia civil, comercial y de familia, divorciada por completo de la realidad en la que el sistema judicial opera.

III.10.3.5: El argumento del “plus” por costo financiero.

La Suprema Corte ha argumentado en numerosas ocasiones que la tasa activa tiene 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 no pesa sobre el acreedor (SCBA, C.107702 -"Arriaga"- del 15/07/2015; L.86075 -"Giménez"- del 30/03/2010, L. 94446 -"Ginoss"- del 21/10/2009, C.101774 -"Ponce"- del 21/10/2009, Ac.88502 -"Latessa"- del 31/08/2005). El argumento original -replicado por tribunales de toda la provincia- pertenece al voto del Ministro Mercader en el mencionado caso “Cardozo” (Ac. 49439 del 31/08/1993) en el que se reafirmó la doctrina de “Zgonc” (1991) pero con fundamentos que le dieron sustento.

La idea admite múltiples objeciones, pero hay una que es central: es claro que no corresponde acudir a una tasa activa -que, cierto es, contempla una ganancia para el banco- si lo que se considera que debe indemnizar el interés moratorio es la frustración de una renta bancaria por depósito a plazo fijo. De suyo que si tal es el modo en que se concibe al daño moratorio, pues entonces debe acudirse a la tasa pasiva que representa una ganancia que se presume malograda por el retardo en el cumplimiento del deudor. Es decir, ese “plus” al que refería Mercader es injusto *únicamente si se lo evalúa en la lógica argumental que la Casación adoptó para concebir al daño moratorio.*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Pero argumentar sobre cómo se compone una tasa bancaria activa -o alegar que hay un *plus* que representa el costo financiero- nada nos dice en términos de justicia o corrección si la ficción con la que se concibe al perjuicio moratorio gira en torno a la idea de sustitución de un capital destinado al consumo (un daño emergente). Si se admite que es más probable que el acreedor hubiera destinado el dinero al consumo y no a la inversión bancaria, se supera este problema -sea el del mentado “plus” o el de cualquier otro componente o escoria de las tasas activas- dado que todos ellos serán, en definitiva, elementos que constituyen el costo que debió asumir el actor para procurarse la sustitución del dinero que el deudor no quiere o no puede pagarle. Es decir, forma parte del interés compensatorio que abonó por la modalidad de financiación a la que debió acudir para ese fin.

Aquél “plus” se trata de una ganancia para el banco, pero no una ganancia para el actor. El actor lo recibe solo como una indemnización pues *tiene derecho a recuperar el precio que pagó por el acceso al crédito*, algo para lo cual -previsiblemente- el banco le cobrará una alícuota que internaliza una cierta retribución. El punto es que «*el deudor demandado judicialmente debe soportar el mismo costo financiero que si hubiese debido buscar el dinero fuera del proceso*» (Suprema Corte de Mendoza, *in re* “Cía. Financiera Luján Williams S.A.” del 07/02/1986, JA 1987-I-368, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci; v. voto del Dr. Loustaunau en la precitada causa “Zibecchi”).

III.10.4: Qué tasa utilizar y por qué.

De lo dicho en párrafos precedentes pueden extraerse una serie de premisas que permiten delinear las bases conceptuales que han de condicionar la elección de la alícuota. Estas son:

i) la tasa de interés moratorio judicial -aquella que regulan los arts. 622 del Código Velezano y 768.c del Código Civil y Comercial- tiene que ser entendida como una reparación del costo de sustitución del capital



debido por el deudor. Es una indemnización de un daño emergente que se identifica con el valor que [debemos presumir que] pagó el actor para acceder al crédito con el propósito de reemplazar un capital que estaba destinado al consumo de bienes y servicios. De ello se sigue que la tasa que corresponde utilizar para liquidar los intereses moratorios -allí donde no hay tasa legal o pactada- es de tipo *activa* (la que -presumimos que- percibió el banco y que pagó el actor para procurarse el dinero que se le adeuda).

ii) el precio de la financiación que se utilice como referencia en el ámbito del Poder Judicial para liquidar intereses moratorios tiene que emerger de las tasas que publica el banco público provincial (Banco de la Provincia de Buenos Aires).

iii) no es posible indemnizar el daño moratorio si el resultado que se sigue de liquidar el capital con una cierta tasa de interés arroja un resultado negativo (es decir, el poder adquisitivo de la suma resultante es inferior al que tenía originalmente el capital de condena a la fecha de la mora -o, tratándose de obligaciones de valor cuantificadas por guarismos actualizados, a la fecha en que operó esa conversión-). Una tasa que genera resultados negativos no conlleva reparación alguna y, peor aún, asegura la pérdida parcial del poder adquisitivo del capital al cual accede y genera incentivos sumamente negativos en el proceso (abuso de proceso, dilación maliciosa del demandado, financiación judicial, litigiosidad, etc.).

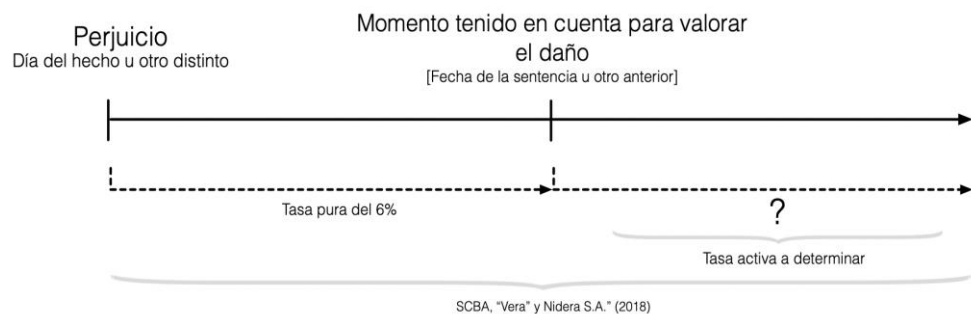
iv) como consecuencia de lo anterior, en contextos inflacionarios como los que rodean al proceso civil bonaerense desde hace casi dos décadas, el juez debe escoger una tasa activa que asegure en el mediano y largo plazo -esto es, en los tiempos que insume normalmente un pleito- un rendimiento positivo, entendiéndose por tal a un resultado que sea superior al valor actualizado del capital de condena.

v) la capitalización de intereses moratorios liquidados sobre una condena judicial no encuadra dentro de los supuestos específicos que

enumeran los arts. 623 del Código Civil [Ley 340] y 770 del Código Civil y Comercial [Ley 26.994], motivo por el cual, y de conformidad con lo resuelto por la Corte Federal [Fallos: 316:3131 -“Fabiani...” del 16/12/1993 y Fallos: 325:2652 -“Okretich...”- del 15/07/1997], corresponde liquidar los intereses moratorios sin incurrir en capitalizaciones.

vi) el apartamiento de la doctrina legal debe circunscribirse únicamente a la tasa judicial bancaria -la tasa pasiva *más alta* fijada en “Cabrera”- sin que ello implique alterar lo que la Casación ha dicho en los fallos “Vera” y “Nidera S.A.” en materia de intereses moratorios en créditos de valor (esto es, el uso de una tasa pura del 6% desde la fecha de la mora hasta el momento tenido en cuenta para cuantificar el crédito y de allí en más la tasa judicial ordinaria).

Así entonces, tratándose de un crédito de valor -como la mayoría de los daños reclamados en pleitos de responsabilidad civil-, la tasa que pretendo determinar al apartarme de lo resuelto en “Cabrera” (SCBA, 2016) es la perteneciente al segundo tramo, que va desde el momento en el que se cuantifica el valor controvertido hasta el momento del pago. En el esquema ya expuesto más arriba:



SCBA, “Vera” y Nidera S.A.” (2018)
[Gráfico 2 del Anexo que acompaña a esta sentencia en formato digital]

La elección de una tasa que satisfaga los recaudos enunciados debe realizarse en el marco de las alícuotas a las que los



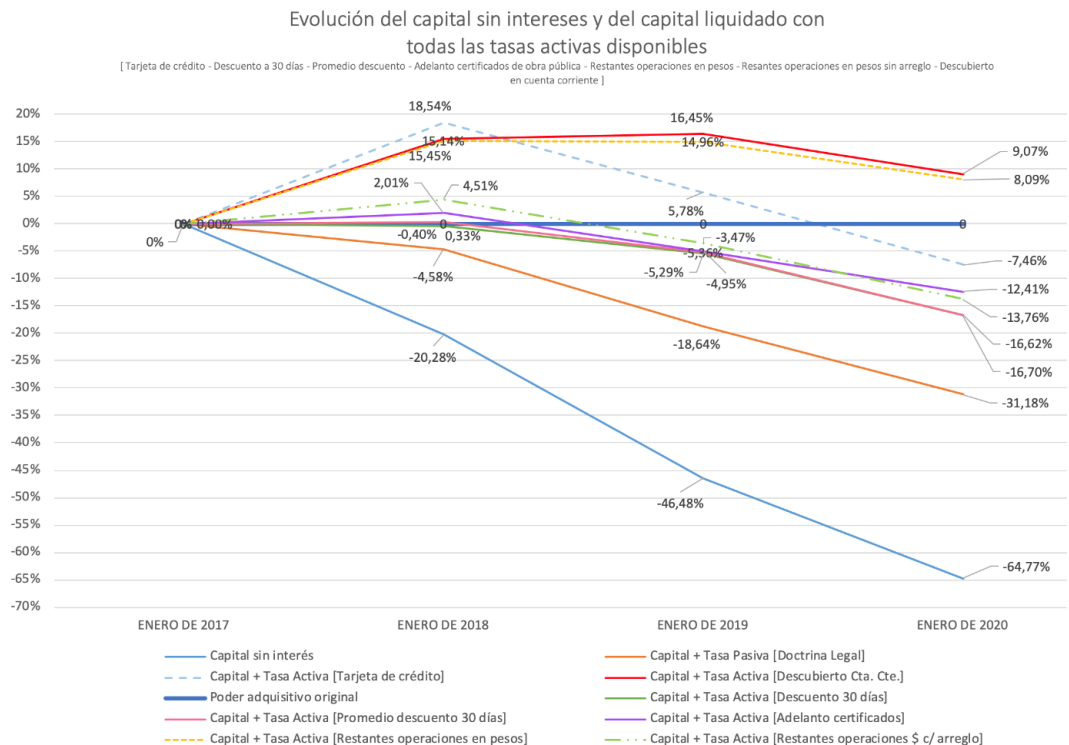
PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

operadores tienen acceso libre y frecuente. Conviene entonces ceñir la búsqueda a las opciones que ofrece tanto el informe de Tasas de Consulta Frecuente del Banco de la Provincia de Buenos Aires [periódicamente actualizado y disponible en https://www.bancoprovincia.com.ar/CDN/Get/tasas_frecuentes] y que se reflejan en el módulo de liquidaciones de intereses *online* que ofrece la página web de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires [<http://www.scba.gov.ar/servicios/ContieneMontos.asp>]. Tales son, en definitiva, las herramientas centrales con las cuales los operadores realizan a diario las liquidaciones de créditos judiciales.

El calculador de intereses de la SCBA ofrece siete alternativas de tasas activas: descuento a treinta días en pesos, promedio de descuento a treinta días, adelanto sobre certificados de obra pública, descubierto en cuenta corriente, financiación de saldos de tarjeta de crédito, restantes operaciones en pesos y restantes operaciones con arreglo.

Para evaluar el resultado que genera cada una de estas alícuotas me permito volver al ejemplo del juicio ficticio que desarrollé en el considerando «III.3.a.ii»: se trataba de un crédito de \$350.000 de capital de condena liquidados desde el 01/01/2017 [mora] hasta el 31/01/2020 [pago]. En un Anexo que acompañará esta sentencia como archivo adjunto digital he presentado un cuadro donde efectúo una liquidación del capital sin interés, el capital actualizado mediante el Índice de Precios al Consumidor del Gran Buenos Aires y el capital más intereses calculados a todas las posibles tasas activas que ofrece la página de la SCBA (agrego también, como referencia, el capital liquidado a la tasa pasiva más alta que ofrece el Banco Provincia -doctrina legal-). A continuación, muestro la evolución de cada uno de esos valores en los cuatro períodos (enero de 2017, de 2018, de 2019 y 2020). Los resultados se expresan en función del poder adquisitivo actualizado del capital (en el gráfico, representado por la base en 0%):

[Gráfico 3 contenido en el Anexo que acompaña a esta sentencia en formato digital]



El gráfico muestra que a la fecha de pago cinco de las siete tasas activas reportan un resultado negativo (en el gráfico, tales son aquellas que, a enero de 2020, arrojan un valor inferior a cero). Eso significa que en esos supuestos el acreedor: 1) no recibe intereses en términos reales y 2) la suma del capital nominal original más los intereses arroja un total que es inferior al valor actual del capital puro. Dentro de este grupo incluimos a las liquidaciones efectuadas con las tasas de descuento a treinta días (sea la normal o la promediada), a la tasa de adelanto de certificados de obra, a la de financiación de saldo de tarjeta de crédito y a la correspondiente a las restantes operaciones en pesos con arreglo.

Es posible ensayar algunas explicaciones sobre los motivos por los que todas esas tasas activas reportan resultados inferiores a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

inflación. No pretendo extenderme en este punto pero cabe tener presente que en la administración de justicia se utilizan como referencia a tasas bancarias que se aplican de un modo muy diverso a cómo esas mismas alícuotas operan en los contratos bancarios. Por caso, en el proceso judicial no hay capitalización de intereses (como sí la hay en toda cuenta corriente y operaciones de crédito en general), no hay superposición de alícuotas (como sí ocurre con la tarjeta de crédito y otros préstamos con los intereses punitivos y los compensatorios) y se manejan plazos de mora incompatibles con la operatoria bancaria regular (ninguna cuenta corriente o cuenta de tarjeta de crédito podría permanecer abierta, en mora y acumulando intereses durante un tiempo semejante al que dura un litigio). Además, la inflación se acumula mes a mes en porcentajes que se calculan sobre el valor inmediato anterior, mientras que las tasas de interés aplicadas en el proceso se expresan en valores nominales anuales y siempre se liquidan sobre el capital original. Ello explica -en parte- la razón por la cual las tasas efectivas que se perciben en los contratos bancarios terminan siendo más elevadas que las alícuotas nominales que utilizamos en el ámbito tribunalicio para reparar el perjuicio moratorio.

Ahora bien, más allá de su resultado negativo, por su lejanía práctica y conceptual con la situación del común de los acreedores que litigan los procesos civiles en la justicia ordinaria, corresponde descartar de plano el uso de las tasas de descuento (dado que no cabe presumir que en la generalidad de los litigantes el crédito se realiza mediante descuento de documentos comerciales) y lo mismo cabe decir de la tasa de adelanto de certificados de obra pública, ya que -de nuevo- los acreedores no son contratistas del estado provincial ni resulta aplicable el 46 *in fine* de la Ley de Obra Pública bonaerense -Ley 6021-.

Subsisten como razonables alternativas el descuberto en cuenta corriente (que en el ejemplo del gráfico reportó un rendimiento del 9,07% sobre el valor del crédito) y la tasa de *restantes operaciones en*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

pesos (que arrojó un 8,09% sobre el valor actualizado de la deuda y se mantuvo siempre por debajo del costo del sobregiro en cuenta). Entre estas dos alternativas elegiré la «*tasa activa descubierto en cuenta corriente*» [según así se la denomina en la página web de la SCBA] y que equivale, según he cotejado en cada uno de sus valores mensuales, al descubierto en cuenta corriente sin acuerdo en pesos (cuadro IV del documento «*Tasas de consulta frecuente*» que publica el Banco de la Provincia de Buenos Aires).

La elección no solo se sustenta en el resultado positivo -y no exageradamente elevado- que reporta el uso de esta tasa en el cuadro de evolución, sino porque además la cuenta corriente y la financiación -que ella permite en su descubierto- constituye una opción bancaria disponible para el público en general, y no está reservada para un uso exclusivamente empresarial y comercial (e.g., en la página web del Banco Provincia las ofrecen a trabajadores en relación de dependencia, autónomos, profesionales, monotributistas, etcétera; véase https://www.bancoprovincia.com.ar/web/cuentas_cta_cte_individuos). A ello agrego un argumento complementario: el sobregiro sin autorización constituye una operación análoga a la que se verifica al momento de la mora en la relación crediticia que se dirime en un pleito: es el deudor incumplidor quien “toma prestado” del acreedor el capital que le adeuda, obligando a este último a procurarse un reemplazo.

El resultado que esta tasa arroja -como se advierte en el ejemplo- dista de ser el ideal: el cuadro Anexo a esta sentencia (junto con el gráfico) dan cuenta de un resultado que asciende al 9,07% en total con relación al capital. No se trata de una tasa anual de ese valor, sino del rendimiento final liquidado: la suma agregada de todos los intereses devengados durante treinta y seis meses arroja un resultado que equivale a menos del 10% del valor actualizado de la deuda. Pero aun así, el resultado es positivo (superior a la depreciación del capital) y, en el estrecho marco de referencias que el Banco de la Provincia de Buenos Aires brinda y la profunda crisis monetaria que atraviesa nuestro país, entiendo que resulta

aceptable y superador a la alícuota propuesta por la Casación.

III.10.5: Por todo lo dicho hasta aquí propondré al acuerdo apartarnos de la doctrina legal que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires fijó en el fallo “Cabrera” (2016) en torno al uso de «la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en depósitos a treinta días» y reemplazarla por la «tasa activa descubierto en cuenta corriente» [según su denominación en el calculador de intereses de la web de la SCBA] y que es aquella que publica periódicamente el banco público provincial en cuadro IV del documento «*Tasas de consulta frecuente*» correspondiente al descubierto en cuenta corriente sin acuerdo en pesos.

Ello sin perjuicio de mantener -como dije- el uso de tasas puras para el primer tramo de intereses moratorios en créditos de valor (desde el día del perjuicio hasta el momento de cuantificación), de conformidad con lo resuelto por la SCBA en “Vera” y “Nidera S.A.” (2018).

En consecuencia, y si mi voto es compartido, corresponde establecer que:

(1) sobre el crédito por daño punitivo, se devengarán intereses moratorios una vez vencido el plazo de diez días de quedar firme la presente sentencia y a la tasa fijada en los párrafos anteriores (activa descubierto no autorizado en cuenta corriente, sin capitalización).

(2) sobre el crédito por daño emergente derivado de la necesidad de terapia psicológica (considerando «III.8.2»), y al carecer de información sobre el momento en que se produjo el daño, corresponde fijar la fecha de mora el 05.12.2014 (fecha de la carta documento intimando la reparación obrante a fs. 69) y se calcularán los intereses desde ese día a una tasa pura del 6% anual no capitalizable hasta la fecha de la presentación de la pericia , 6 de junio de 2017 (habida cuenta el valor utilizado para cuantificar el precio de la sesión psicológica) [SCBA, in re "Vera, Juan Carlos" (C. 120.536, sentencia del 18 de

abril de 2018) y "Nidera S.A." (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018)] y de allí en más a la tasa fijada en apartados anteriores de conformidad con lo resuelto por esta sala en el caso "Melegari" (c. 167.589, del 16/4/2020).

(3) sobre el crédito por daño moral de la causante, se fija la fecha de la mora el día 11 de abril de 2014, fecha en que se promovió la petición de las medidas de prueba anticipada. Desde ese día se calcularán intereses a una tasa pura del 6% anual no capitalizable hasta la fecha de esta sentencia [SCBA, in re "Vera, Juan Carlos" (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y "Nidera S.A." (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018)] y de allí en más a la tasa fijada en apartados anteriores de conformidad con lo resuelto por esta sala en el caso "Melegari" (c. 167.589, del 16/4/2020).

Por las razones y citas legales expuestas a la primera cuestión voto por la NEGATIVA.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Atendiendo a la votación precedente corresponde: **I:** Reanudar los plazos procesales oportunamente suspendidos. **II:** Hacer lugar al recurso de la actora y revocar el fallo, admitiendo parcialmente la demanda y en su consecuencia condenar a Medicus S.A. para que dentro de los diez días de quedar firme esta sentencia : **i)** pague a los tres actores en su condición de herederos de Elvira Festorazzi la suma de cuatro millones ochocientos cincuenta y cuatro mil trescientos noventa y dos con sesenta (\$ 4.854.392,60) en concepto de daño punitivo (art. 52 bis ley 24.240), con más la suma de pesos un millón (\$ 1.000.000) en concepto de daño moral con más intereses; **ii)** pague a Marcos Martínez y a Paola Festorazzi



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en concepto de daño material derivado de lesión a la psiquis la suma de pesos nueve mil seiscientos (\$ 9.600) a cada uno, con más los intereses a la tasa y en la forma ya determinada. **III:** Propongo que las costas de ambas instancias sean impuestas a la demandada (arts. 68 y 274 del CPC) y que se difiera la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967.

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I:** Se reanudan los plazos procesales oportunamente suspendidos. **II:** Se hace lugar al recurso de la actora y se revoca el fallo, admitiendo parcialmente la demanda y en su consecuencia se condena a Medicus S.A. a pagar dentro de los diez días de quedar firme esta sentencia : **i)** a los tres actores en su condición de herederos de Elvira Festorazzi la suma de cinco millones ochocientos cincuenta y cuatro mil trescientos noventa y dos con sesenta (\$ 5.858.392,60), con más intereses en la forma ya dispuesta; **ii)** a Marcos Martínez y a Paola Festorazzi la suma de pesos nueve mil seiscientos (\$ 9.600) a cada uno, con más intereses. **III:** Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (arts. 68 y 274 del CPC) y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. **Regístrese. Notifíquese** por el sistema automatizado (art. 10 del Anexo del Ac. 4039/21). Devuélvase

Se procede a firmar digitalmente la presente resolución conforme a la Acordada 3975/2020 de la SCBA.



REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 11/11/2021 12:06:40 - LOUSTAUNAU Roberto Jose - JUEZ

Funcionario Firmante: 11/11/2021 13:53:52 - MONTERISI Ricardo Domingo - JUEZ

Funcionario Firmante: 11/11/2021 14:04:16 - FERRAIRONE Alexis Alain - SECRETARIO DE CÁMARA

%005nèOp4I*+.Š

217800478020411011

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II - MAR DEL PLATA

CONTIENE 1 ARCHIVO ADJUNTO

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 12/11/2021 10:05:43 hs. bajo el número RS-72-2021 por Ferrairone Alexis Alain.