

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil – La Plata (2017)

Comisión 3: Derecho de las Obligaciones: “Anatocismo e Intereses”.

Título: “Anatocismo: supuestos contemplados y facultades judiciales. Intereses: morigeración. Pautas”.

Autor: Dr. Nicolás Jorge Negri (profesor de Derecho Civil II, Cátedra II, de la Universidad Nacional de La Plata y de Derecho Civil III, Cátedra II, de la UCALP. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de La Plata).

I. Anatocismo. Noción.

Del latín *anatocismus*, compuesto del griego antiguo *ανα-* (“ana-“) y *τοκισμός* (*tokimós*), términos que significan –por un lado- “de nuevo”, “reiteración”, y –por otro-, “intereses”, “usura”, “acción de dar a interés”, por lo que, etimológicamente, significaría la acción de dar nuevos intereses o la reiteración de intereses¹.

Ahora bien, la doctrina nos brinda una noción más completa y contextualizada del concepto. Se dice que el anatocismo es la capitalización de los intereses, o interés compuesto, de modo que agregándose tales intereses al capital originario pasan a reeditar nuevos intereses².

II. Procedencia: antecedentes históricos y legislación moderna.

A lo largo de la historia el anatocismo ha sido considerado con desprecio, dado que los pactos que lo estipulaban han sido la forma de usura más común y usual. Cabe aclarar que el término *usura* (del latín *usūra*), significa “uso” o “interés”, y durante mucho tiempo fue equiparado con el simple cobro de interés en un préstamo. Empero, actualmente, la usura es entendida como el interés excesivo en un préstamo (RAE, 1era acepción).

En la Roma antigua, efectivamente, cuando se hacía referencia a los intereses –por ejemplo, en el contrato de mutuo- se hablaba de *usurae*, y como los mismos no resultaban naturalmente de la esencia del mutuo (sólo se debía devolver la cantidad prestada; el mutuo era un contrato gratuito, tal como fuera receptado en el Código Civil de Vélez; cfr. arts. 2243 y 2248), se requería celebrar una *stipulatio* especial (*stipulatio usurarum*) o un mutuo con una *stipulatio* que abarque el capital (*sors*) y los intereses (*usurae*), para que se pudiera reclamar ambos importes en forma conjunta. Más allá de ello, en relación al anatocismo, en

¹Ossorio y Florit, Manuel, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. I-A, Bs. As., 1968, p. 687. Medina Alcoz, María, “Anatocismo, Derecho español y *Draft Common Frame of Reference*”, en www.indret.com, p. 4. López Mesa, Marcelo, Derecho de las Obligaciones, B de F Ltda., Montevideo, 2015, t. I, p. 817.

²Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Perrot, Bs. As., 1970, t. II, p. 246, n. 930.

Roma estaba prohibido, y con el paso del tiempo la interdicción se volvió todavía más rígida³.

La legislación moderna no cambió de temperamento y, como regla general, se mantuvo la prohibición del anatocismo *anticipado* -respecto de intereses futuros-, admitiéndose sin inconvenientes después de devengados los intereses. Este es el criterio que consagran los códigos de Francia (art. 1154), Alemania (art. 248), Italia de 1942 (art. 1283), Portugal (art. 560), Suiza (art. 314, Código de las Obligaciones), México (art. 2379), y también la solución del derogado art. 623 del Código Civil por la ley 23.928⁴.

El fundamento de tal proscripción radica en la presunción legal de que un negocio tan ruinoso para el deudor revelaba su apremiante estado de necesidad, o su ignorancia supina acerca del alcance de un compromiso susceptible de conducirlo a la ruina: “en cualquiera de estos supuestos, la ley hace bien en pronunciarse por la nulidad, pues se ha explotado a la ignorancia o a una evidente inferioridad del deudor, lo que es altamente inmoral”⁵.

El Código de Vélez disponía, en efecto, que la capitalización de intereses futuros, todavía no devengados, estaba prohibido: “*No se deben intereses de los intereses, sino por obligación posterior...*” (art. 623). El principio de la ley era claro y reflejaba la tradición jurídica en esta materia. El principio que vedaba el pacto de capitalización de intereses todavía no vencidos era de orden público y no podía quedar sin efecto por el acuerdo de las partes, o la renuncia anticipada del deudor. La cláusula que contenía un pacto prohibido de esa índole era nula de nulidad absoluta (Llambías).

Sin embargo, el principio que vedaba la capitalización de intereses para hacerles rendir nuevos intereses no era absoluto. Tenía las siguientes excepciones: a) convenio posterior al devengamiento de los intereses; b) liquidación judicial y la subsiguiente mora; c) supuestos del derecho comercial (mutuo comercial, cuenta corriente mercantil y bancaria), y d) capitalización autorizada por leyes especiales.

La ley 23.928 introdujo una reforma al art. 623 originario del Código Civil, reemplazándolo por el siguiente: “*No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación (de los intereses) al capital con la periodicidad que acuerden las partes... Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza*”. El nuevo art. 623 también admite la validez de los acuerdos de capitalización, pero a diferencia del texto de Vélez autoriza la

³Marciano, D.22.1.29; Ulpiano, D.12.6.26.1; Cicerón, *ad Att.* 5.21.11 y Justiniano, C.4.32.28, año 529; cfr. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Romano Privado*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1999, n. 362, p. 208. Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Bs. As., t. 1, p. 430, n. 182.

⁴Compagnucci de Caso, Rubén H., *Manual de Obligaciones*, Astrea, Bs. As., 1997, p. 376, n. 307. Pizarro y Vallespinos, op. cit., p. 431.

⁵Colmo, Alfredo, *De las Obligaciones en general*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Bs. As., 1920, n° 436a, p. 311. Busso, Eduardo, *Código Civil Anotado*, Ediar, Bs. As., 1949-1955, t. IV, p. 325, n° 13. Llambías, Tratado, op. cit., t. II, n. 930. Casiello, Juan J., comentario al art. 623, en Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, 1998, t. 2A, pp. 486-487. Trigo Represas, Félix A., comentario al art. 770, en Alterini, Jorge H. -dir. gral.-, *Código Civil y Comercial. Tratado Exegético*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. IV, pp. 225-226.

acumulación de los intereses en forma anticipada, con la periodicidad que fijen las partes, dejando la cuestión librada al amplio campode la autonomía de la voluntad⁶.

III. Anatocismo en el nuevo Código Civil y Comercial. Análisis del régimen legal.

III.a) Regla general.

La nueva legislación contempla el anatocismo en el art. 770. Allí se dispone que: “No se deben intereses de los intereses, excepto que:

a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses;

b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda;

c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo;

d) otras disposiciones legales prevean la acumulación”.

Como se puede advertir, la regla sigue siendo la misma: que el anatocismo se encuentra prohibido (“no se deben intereses de intereses”). Sin embargo, “son tantas las excepciones que, el enfático enunciado, aparece con cierta debilidad en su aplicación”⁷.

III.b) Las excepciones.

En principio, cabe destacar que las excepciones previstas en el Código y en las leyes especiales deben interpretarse restrictivamente y no es posible aplicarlas en situaciones análogas⁸.

Sentado ello, comenzamos por señalar que el inciso a) del art. 770 del Código contempla como primera excepción: “el acuerdo de las partes”, resultando coincidente con el texto del Código Civil derogado. Dicho convenio puede ser realizado al nacimiento de la

⁶ Cfr. Palacio, Lino J., “Hacia el fin del anatocismo”, LL, 1989-B-784; Young, Federico A., “Reflexiones sobre la ley de convertibilidad, nominalismo, desagio y anatocismo”, LL, 1991-C-1034; Borda, Guillermo J., “Anatocismo (hasta la palabra es vieja)”, LL, 1992-B-1021]. La ley expresamente permite que los acuerdos de capitalización de intereses puedan basarse en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza, expresión redundante que bien pudo ser obviada. Por interés de plaza debe entenderse –a nuestro entender– el que cobran los bancos oficiales -Banco de la Nación Argentina; Banco de la Provincia de Buenos Aires; etc.- (Alegria, Héctor y Rivera, Julio C., La ley de convertibilidad, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991, p. 181. Casiello, comentario al art. 623, en Bueres y Highton, op. cit., p. 493. Pizarro y Vallespinos, Instituciones..., Obligaciones, op. cit., p. 434. Trigo Represas, Félix A., comentario al art. 770, en Alterini, Jorge H. –dir. gral.–, Código Civil y Comercial. Tratado Exegético, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 232.

⁷ Compagnucci de Caso, Rubén H., comentario al art. 770, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, Código Civil y Comercial. Comentado, La Ley, Bs. As., 2014, t. III, pp. 99-100.

⁸ CSJN, LL, 2006-C-660; idem, LL, 2009-A-295.

obligación o con posterioridad, tanto respecto de intereses futuros como vencidos. Pero, a diferencia de la norma derogada, la periodicidad no puede ser menor a 6 meses. Esta limitación resulta una pauta razonable para la capitalización de intereses, ya que evita el que se forme una “verdadera bola de nieve”⁹.

El inciso b) dispone que cuando el cumplimiento de la obligación se reclama judicialmente, la adición de intereses sobre intereses comienza al momento de notificación de la demanda. Se trata de un supuesto en la ley procura dar una mayor fuerza y sanción al incumplimiento y mora del deudor¹⁰. La excepción tiene como antecedente en el art. 569 del código de comercio derogado (relativo al mutuo comercial), que disponía: “Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a lo menos por un año”. Ahora, en el nuevo Código la solución es general: sólo existe la posibilidad de aplicar el anatocismo desde la fecha de notificación de la demanda (en todos los otros casos se encuentra vedado, por aplicación del principio general), y no es requisito que los intereses se adeuden por algún período determinado¹¹.

El inciso c) tiene un alcance similar al previsto en el texto original del Codificador, que aún perdura en su vigencia. Se trata de una liquidación judicial, cuando la misma ha sido aprobada, se manda a pagar y el deudor es moroso en cumplir, por lo que se admite la capitalización¹².

El último inciso prevé supuestos que permiten el anatocismo y están en normas particulares del Código. Por ejemplo, se puede mencionar el caso del mandatario que paga con fondos propios una deuda del mandante que incluye intereses (art. 1328); o el que faculta al fiador que hizo efectivo el pago, a cobrar intereses sobre la suma total que a su vez incluía ese rubro (arts. 1592 y 1594); el gestor que hizo actividad útil por el valor de los gastos necesarios y útiles (art. 1785); el deudor de las cuentas corrientes bancaria y mercantil, donde la capitalización trimestral es permitida, automáticamente, en el primer caso y a convención de partes en el segundo (arts. 1398 y 1433).

IV. Supuestos prohibidos.

Como la regla dispuesta por la ley es la de prohibir la capitalización de intereses (art. 770, primera parte), y dado que se trata de una práctica que, si bien impuesta por circunstancias especiales (necesidades del tráfico, renuencia del deudor ante un reclamo judicial, etc.), produce el efecto de acrecentar en forma notable la deuda de dar dinero, al convertirse el interés se convierte en capital, por lo que cabe concluir que en todos los casos

⁹Compagnucci de Caso, comentario al art. 770, en Rivera y Medina, op. cit., p. 100.

¹⁰Compagnucci de Caso, comentario al art. 770, op. cit., p. 100.

¹¹Ossola, Federico A., comentario al art. 770, en Lorenzetti, Ricardo L. -dir.-, Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 148.

¹²CSJN, sent. del 11-11-2003, Fallos: 326: 4567; idem, 24-3-1992, LL, 1992-D-252; idem, 2-2-1993, LL, 1993-D-177.

en que no está permitido por la ley el anatocismo no procede, siendo nulo de nulidad absoluta todo pacto en contrario¹³.

Al margen de ello, corresponde indicar que existen supuestos en que la prohibición surge en forma expresa de la ley. Tal es el caso de la Ley de Tarjetas de Crédito (ley 25.065), que limita la tasa de interés y prohíbe el anatocismo, para evitar que a través de la capitalización de intereses se burlen los límites legales (arts. 16 y 18, ley 25.065)¹⁴.

V. Exigibilidad y morigeración. Control judicial. Pautas para determinar el carácter excesivo y el costo del dinero.

Coincidimos con el maestro Trigo Represas, en cuanto resulta conveniente adoptar una “posición intermedia” respecto de la procedencia del anatocismo.

De acuerdo con esta tesis, corresponde admitir la capitalización de intereses en los supuestos admitidos por la ley, aunque su procedencia se halla sujeta –en cada caso- a la **revisión judicial** cuando de acuerdo con su resultado y circunstancias resulte **excesivo**¹⁵, en consonancia con el principio de la **realidad económica** (en nuestro país, difícil y cambiante): la dinámica del tráfico, el funcionamiento del sistema financiero, los parámetros actuales para determinar el costo del dinero y su rentabilidad¹⁶.

A partir de este basamento, nuestra propuesta –de *lege data*-, es la siguiente: **1)** la capitalización de intereses es legítima y válida en los casos de excepción contemplados por la ley, y por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, **2)** pero en aras de proteger los derechos del deudor, especialmente cuando se trata de un contratante débil o de un consumidor, debe ejercitarse la revisión judicial –aún de oficio (facultad morigeratoria)- cuando la liquidación final arroje como resultado un aumento injustificado y desproporcionado de la deuda causa anatocismo aplicado (esto es, cuando supera ampliamente el “costo medio del dinero para deudores y operaciones similares”; arts. 1, 2, 10, 771, 958, 960, 963, 1092 a 1099, 1117 a 1122 y concs., Cód. cit.; arts. 1, 2, 3, 36 y 37, ley 24.240). **3)** Para determinar el carácter abusivo o excesivo del anatocismo, deberán ponderarse todos los accesorios

¹³Ossola, Federico A., comentario al art. 770, en Lorenzetti, Ricardo L. -dir.-, Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 147.

¹⁴Frisicale, María Laura, “Sobre endeudamiento del consumidor: Inconstitucionalidad de los pactos de anatocismo”, Suplemento Actualidad La Ley, 10-6-2014, p. 1 y ss.

¹⁵Trigo Represas, Félix A., comentario al art. 770, en Alterini, Jorge H. -dir. gral.-, Código Civil y Comercial. Tratado Exegético, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 234; véase también del mismo autor, “La obligación de intereses”, Academia Nacional de Derecho, 1-1-2001, p. 190 y “La capitalización de los intereses”, en Ameal, Oscar J. -dir.- y Tanzi, Silvia Y. -coord.-, Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Abeledo Perrot, Bs. As., 2001, p. 4.

¹⁶Saux, Edgardo I., “Anatocismo y realidad económica en la doctrina judicial de la CSJN”, DJ, 27-5-2009, p. 1387 y ss.; Pizarro y Vallespinos, Instituciones... Obligaciones, t. 1, pp. 431-432; Ossola, comentario al art. 770, en Lorenzetti, op. cit., p. 148. CSJN, *in re*, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cohen, Rafael y otro. Ejecutivo”, 12-6-2012, Fallos: 335:863; idem, “Automotores Saavedra S.A c/ Fiat Concord S.A. Ordinario”, 17-3-2009, Fallos 332:466; idem, “Tazzoli, Jorge Alberto c/ Fibracentro S.A. y otro”, 28-2-2006, Fallos 329:335; idem, “Calderas Salcor Caren S.A. c/ Estado Nacional - Comisión Nacional de Energía Atómica y otra. Cobro de australes”, 24-9-1996, Fallos 319:2037.

aplicados sobre el capital (intereses, cláusula penal, etc.); la gravedad de la falta sancionada; el valor de las prestaciones y el daño sufrido; la naturaleza y origen de las prestaciones a las cuales accede y el abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, de conformidad con lo establecido por el art. 771 del Código Civil y Comercial, ello a los efectos de considerar – debidamente- las circunstancias del caso¹⁷.

VI. Intereses. Facultades morigeratorias. Pautas.

El principio de la autonomía de la voluntad rige en materia de intereses(arts. 767 a 768, 958, 959 y 960, Cód. Civ. y Com.). Las partes pueden pactar tales accesorios sin que en principio corresponda a los tribunales sustituirlos para crear tasas en abstracto, desvinculadas de las circunstancias de cada operación financiera (art. 960, Cód. cit.)¹⁸.

Sin embargo, los jueces tienen facultades para morigerar la tasa de interés convenida en los negocios privados cuando fuere abusiva, usuraria o confiscatoria (art. 771, Cód. cit.). Ello pues la obligación asumida por el deudor no puede trasgredir los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (arts. 1, 2, 10, 771, 958, 960, 961, 962, 963, 1092 a 1099, 1117 a 1122 y concs., Cód. cit.; arts. 1, 2, 3, 36 y 37, ley 24.240).

Ahora bien, para evaluar el carácter excesivo de los intereses (la no justificación y desproporción de la deuda de intereses), en orden al mencionado “costo del dinero” para operaciones similares en el lugar de celebración de la obligación (art. 771, Cód. cit.), considero que debe tenerse en cuenta la **tasa activa del Banco de la Nación Argentina**, conforme establecía el art. 565 del Código de Comercio al disponer que cuando en la ley o en la convención se hablase de intereses de plaza o corrientes debe entenderse el interés que cobra el Banco Nación, siendo ello lógico y razonable, dado que será dicha tasa a la que deberá recurrir y pagar el acreedor, si por no haber contado con su dinero a tiempo -por el retardo en el cumplimiento del deudor- debe acudir a tomar un préstamo bancario¹⁹.

¹⁷Kemelmajer de Carlucci, Aida, comentario al art. 656, en Bueres, Alberto J. -dir.- y Highton, Elena I. -coord.-, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Bs. As., 1998, t. 2A, pp. 560-562.

¹⁸SCBA, causa C. 102.152, 18-5-2011.

¹⁹Trigo Represas, comentario al art. 767, en Alterini, Código Civil y Comercial. Tratado Exegético, op. cit., pp. 215-216 y 223. Compagnucci de Caso, comentario al art. 771, en Rivera y Medina, Código Civil y Comercial Comentado, op. cit., pp. 101-102. Pérez Crocco, Carlos A., “La tasa de interés y la ley 23.928”, en Luis Moisset de Espanés, Convertibilidad del Austral. Estudios jurídicos. Segunda serie, Zavalía, Bs. As., 1991, p. 152 y ss. Alterini, Atilio A., “La Legislación Desindexatoria en la Argentina: Virtualidad de los Intereses como Mecanismo Alternativo de Ajuste”, en Themis, n. 25, pp. 116-117. Ossola, Federico A., comentario al art. 771, en Lorenzetti, Ricardo L. -dir.-, Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 150. CSJN, *in re*, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Cohen, Rafael y otro. Ejecutivo”, 12-6-2012, Fallos: 335:863.

CONCLUSIONES

1) La capitalización de intereses es legítima y válida en los casos de excepción contemplados por la ley (art. 770, Cód. Civil y Comercial);

2) Procede la revisión judicial, aún de oficio, cuando el anatocismo resulte abusivo o excesivo (arts. 10 y 771, Cód. cit.). En particular, cuando es necesario proteger al contratante débil o consumidor (arts. 1, 2, 10, 958, 960, 963, 1092 a 1099, 1117 a 1122 y concs., Cód. cit.; arts. 1, 2, 3, 36 y 37, ley 24.240).

3) Para determinar el carácter “injustificado y desproporcionado” del anatocismo, debe tenerse en cuenta el “resultado” arrojado por la liquidación judicial y, especialmente, los intereses compensatorios, moratorios o punitivos reclamados; el valor de las prestaciones; el daño sufrido; la naturaleza y origen de las obligaciones a las cuales accede la capitalización; el abusivo aprovechamiento de la situación del deudo y demás circunstancias del caso.

4) El pacto de intereses compensatorios, moratorios y punitivos, aún en forma acumulativa, por aplicación del principio de la autonomía privada (arts. 768, 769, 958 y concs., Cód. Civil y Comercial).

5) Procede también la revisión judicial, aún de oficio, cuando los intereses resulten abusivos (arts. 10 y 771, Cód. Civil y Comercial). En orden al estándar fijado por la ley (el “costo del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación”), para determinar dicho valor y el consecuente carácter excesivo de los intereses, debe tenerse como pauta de referencia la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.