

Division De Condominio Tasa De Interes Aplicable Tasa Pasiva Digital Aplicacion Del NuevoCodigo Civil Y Comercial

JURISPRUDENCIA

digital. Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial

División de condominio. Tasa de interés aplicable. Tasa pasiva

Se modifica el fallo con relación a la tasa de interés, aplicando la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días (?tasa pasiva digital?) hasta el 31 de julio de 2015; y desde allí y hasta el efectivo pago se aplicarán las tasas que se fijen por la reglamentación del Banco Central de la República Argentina conforme a lo normado por el art. 768 inc. c) del nuevo CCC.

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 25 días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, Dres. LUIS TOMAS MARCHIO y ROBERTO ANGEL BAGATTIN (quien interviene en su carácter de Presidente de ésta Excma. Cámara, por hallarse en uso de licencia el miembro permanente de la Sala Dr. Etchegaray, conforme art. 4º del Ac. Extraordinario del 25/IX/2008 modificado por Ac. Extraordinario del 26/8/2010 publicado en el BO del 06/12/2010 Pag. 12609), con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. Nº 29.106 caratulado "BOTTACCI, MAFALDA ANGELA c/BOTTACCI, NELIDA SUSANA Y OTROS s/DIVISION DE CONDOMINIO". La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal. PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 184/187vta. en cuanto es materia de recurso y agravio? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: doctores Luis Tomas Marchió y Roberto Ángel Bagattin.- VOTACION A LA PRIMERA CUESTION, El Señor Juez Dr. Luis Tomas Marchió dijo:

I.-En la sentencia de fs. 184/187vta. el Sr. Juez de primera instancia resolvió: a) Hacer lugar a la demanda de división de condominio incoada por la actora contra los tres codemandados en autos; b) Diferir la forma de realización del bien objeto del presente litigio. c) Imponer las costas a los accionados en relación a la pretensión de división de condominio; y, d) Admitir la acción acumulada sobre cobro de compensación del uso del bien común contra las accionadas perdidosas ocupantes del inmueble común con más intereses y costas. Disconformes con el decisorio, a fs. 192 la actora interpuso recurso de apelación, ocurriendo en idéntico sentido a fs. 194 las codemandadas Gloria Ursula Pinto San Martín y Nélica Susana Bottacci. Ambos recursos resultaron concedidos libremente a fs. 193 y 195 respectivamente. Arribados los autos a esta Alzada lo sostiene la actora recurrente con la expresión de agravios que luce agregada a fs. 208/211. De las constancias de autos surge que a fs. 214 el señor Juez de grado declaró la nulidad de lo actuado por el Dr. Julio César Mariano desde fs. 194 (escrito de apelación) en adelante (no se acreditó personería ni se ratificó lo actuado por el gestor de negocios -conf. Art. 48 del ritual-). En virtud de lo cual, ninguno de los codemandados vencidos expresó agravios, como tampoco replicaron los vertidos por la accionante. Una vez firme el llamamiento de autos para sentencia por Presidencia de éste Tribunal a fs. 221, y recién luego de practicado el sorteo de ley correspondiente por parte de esta Sala (cfr. fs. 221vta.), quedaron estas actuaciones en condiciones de dictar sentencia. II.- La Sentencia. Los fundamentos del A Quo para hacer lugar a la acción de división de condominio, con más la fijación de canon compensatorio por el uso común del inmueble por parte de las codemandadas, son los que a continuación paso a reseñar: a) Sí se encuentran reunidos los requisitos para admitir la pretensión y declarar la división de condominio, haciendo para ello, mérito de los líbelos postulatorios de los litigantes y del informe de dominio obrante a fs. 13/16; adunando a todo ello, el allanamiento de los accionados que obra a fs. 45/46 y 64. Asimismo difiere la forma en que se realizará la partición. b) Las costas relativas a la división del bien común, atendiendo a las frustradas gestiones extrajudiciales llevadas a cabo por las partes para alcanzar la división del inmueble de autos, deben ser soportadas por los accionados por carecer de sustento legal las afirmaciones efectuadas por la Sra. Nélica Susana Bottacci. c) Por último, en razón del reclamo de la accionante peticionando la fijación de un canon mensual, en compensación por el uso exclusivo de la cosa común por parte de las codemandadas Gloria Ursula Pinto San Martín y Nélica Susana Bottacci, pretensión que resulto controvertida por las referenciadas accionadas, el A Quo hizo lugar a lo impetrado por la actora en su responde glosado a fs. 70/71, por servir la mentada acumulación, a la reducción de tiempo, esfuerzo y gastos en el proceso. En ese marco, no habiendo negado las accionadas la ocupación del inmueble en litigio, el magistrado de grado reconoció a la accionante el derecho a recibir una compensación, fijando la fecha de devengamiento de los cánones mensuales a abonar. Como así también determinó el quantum del canon en concordancia a lo postulado por la actora. III.- Los Agravios. En prieta síntesis, al fundamentar el recurso de apelación que interpuso la actora a fs. 208/211, primeramente afirmó que el juzgador anterior omitió pronunciarse sobre costas con relación a la oposición formulada por los demandados sobre la acumulación de acciones, hecho que motivó el traslado y ulterior responde de la accionante. Los dorsales

agravios pueden sintetizarse en tres puntos: a) Insuficiencia del canon compensatorio de \$... fijado entre los meses de febrero de 2009 y el informe del perito tasador. En tal sentido, señala que el A Quo infringe las reglas de la sana crítica al fijar cánones compensatorios diferentes según la época de presentación del informe pericial, no fundando la sentencia con las razones que lo llevaron a apartarse del criterio pericial, contrariando así la doctrina legal existente en la materia. Considera la apelante que su reclamo debió estar cuantificado en la suma mensual determinada en la pericia para todo el período considerado. b) La proporción que debe pagar cada codemandado: Sostiene que el juez de grado no tuvo en cuenta que simultáneamente se peticionó así ?...y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba de tasación del valor locativo...?, abundando en razones para aplicarla en el devenir del conflicto, habida cuenta del fenómeno inflacionario. c) La tasa de interés aplicable sobre los cánones reconocidos, en el caso de no ser acogida la cuestión de valor compensatorio de ... pesos mensuales por todo el período considerado, deberá fijarse la tasa de interés aplicable a los depósitos a plazo fijo digital a 30 días del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

IV.- Consideración relativa a la aplicación del Código Civil de Vélez. El día 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el ?Código Civil y Comercial de la Nación?, aprobado por Art. 1º de la ley 26.994, ley que a su vez derogó el Código Civil aprobado por ley 340 (Art. 4º), ley promulgada por decreto 1795/2014 publicado en el Boletín Oficial nº 32.985 del 08-10-2014; modificada por ley 27.077 que dispuso su entrada en vigencia en la indicada fecha del 1º de agosto de 2015. Lo que origina una cuestión de derecho transitorio que entiendo corresponde despejar, o al menos tratar de explicar. Según se desprende del texto del CCC, las nuevas leyes rigen desde la fecha que indiquen (art. 5 CCC; en el caso del CCC, el 01-08-15), lo que significa que su aplicación es inmediata para todas las relaciones y situaciones jurídicas existentes, aun a sus consecuencias (Art. 7 CCC, primer párrafo; lamentablemente, el nuevo texto suprimió la locución ?aun? que sí estaba en el Art. 3 del CC conf. ley 17.711, con la que se indicaba con toda claridad que la aplicación era inmediata tanto para las relaciones, situaciones, como para las consecuencias, ya que decía ?aun a las consecuencias?). Pero -sigue diciendo la ley- salvo disposición en contrario no tienen efecto retroactivo (CCC Art. 7, segundo párrafo), lo que debe entenderse como que las relaciones y situaciones jurídicas existentes, así como sus consecuencias, que se encuentren consolidadas, esto es, completadas ya sea en su creación, cumplimiento o extinción, no son alcanzadas en ninguna de esas etapas por las disposiciones de la nueva ley: a su respecto rige la ley vigente al momento en que se crearon, desarrollaron o extinguieron. Así las cosas, y en la medida en que todos los hechos constitutivos, modificativos y extintivos de la relación jurídica que subyace en autos ocurrieron y se consumaron con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la nueva normativa, se impone, a la luz de lo dispuesto por el actual Art. 7 de dicho plexo Civil y Comercial, resolver el caso de autos en base a lo normado por el Código de Vélez.

En este sentido, en lo que respecta a la noción de consumo jurídico de los hechos y consecuencias, la Excma. SCBA en Ac. 66.682, ?Mayo, Carlos David contra Farquimia SACEI. Incumplimiento de contrato? del 17-11-99 dejó sentado que: ?...el hecho que origina la presente acción se consumó en el año 1992. El art. 3º del Código Civil establece que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados que quedan sujetas a la ley anterior pues juega la noción de consumo jurídico...? (Ac. 51.335, sent. del 3V95, D.J.B.A., 14949, J.A., 1995IV387, ?El Derecho?, 166621, ?Acuerdos y Sentencias?, 1995II194, L.L.B.A., 1996471; Ac. 55.182, sent. del 13VI95, ?Acuerdos y Sentencias?, 1995II507; Ac. 51.853, sent. del 6II96, D.J.B.A., 150159; Ac. 50.610, sent. del 25II97; Ac. 52.157, sent. del 12V98, L.L.B.A., 19981075; Ac. 63.678, sent. del 27IV99). (sic. lo remarcado me pertenece).

V- Solución. Pretensa Omisión de la Sentencia. Protesta la apelante la circunstancia de que el Sr. Juez de anterior instancia, no se haya pronunciado sobre las costas relativas a la incidencia sobre acumulación de la pretensión de ser resarcida por la ocupación exclusiva del inmueble común por parte de su contrincante. En primer lugar cabe destacar que esta pretensa omisión, no es tal, porque si bien se lee en el fallo en la parte del mismo que expresa: ?4º) Haciendo lugar a la pretensión acumulada de cobro de canon locativo incoada por la Sra. Mafalda Angela Bottacci contra Nélida Susana Bottacci y Gloria Ursula Pinto San Martín y en consecuencia estableciendo que a éstas últimas les corresponde abonar un canon locativo en favor de la accionante, el cual se fija en la suma de pesos ... desde el día 23/02/2009 y hasta el día 24/09/2014 fecha desde la cual se fija por idéntico concepto la suma de pesos ..., con más los intereses, respecto de cada una de las sumas mencionadas, que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a 30 días. Con costas (art. 68 C.P.C.C.)?. (Sic. fs. 187vta; el subrayado me pertenece).

El error de la recurrente es doble, porque aunque hubiera existido la omisión que señala -cosa que no es tal- de todos modos se aplicaría la doctrina legal de la Excma. CSJN cuando dijo que: ?(?Las Varillas Gas S.A. c/Secretaría de Energía' expte: 110197, 20/12/05)....que el silencio de la sentencia sobre la distribución de las costas no implica su pago en el orden causado, pues entonces el mero silencio podría constituir una vía indirecta para evitar la nulidad derivada de disponer la exención sin causa explícita. Conforme el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el principio general es la imposición de costas al vencido y solo puede eximirse de esa responsabilidad -si hay mérito para ello- mediante pronunciamiento expreso acerca de

dicho merito, bajo pena de nulidad.? (del voto de los Dres. Highton de Nolasco y Maqueda, Revista Jurídica La Ley, T. 2006 B, Pag. 540). Por lo tanto queda rechazada la pretensa omisión incoada por la recurrente. (Arg. ?a contrario? arts. 68, 273 y concs. CPC).

VI.- Primer agravio. La apelante se agravia de la circunstancia de que el Sr. Juez de primera instancia fijó la suma de ... pesos para el primer periodo de canon compensatorio requiriendo que ambos sean fijados en la suma de ... pesos mensuales. El primer período de compensación por el uso exclusivo del bien comunitario se extiende desde el día 23/02/2009 hasta el día de la presentación del dictamen de la Sra. perito tasadora, o sea, el 08/10/2014 (ver cargo de fs. 175), es decir, que se trata de un período de cinco años y algo más de siete meses. No existen elementos para fijar con meridana seriedad un canon superior a los ... pesos -que es, precisamente, la suma impetrada al demandar-; hacerlo implicaría un verdadero ?vuelo a ciegas?. Hay una carencia de prueba a este respecto que es achacable a la propia apelante. En efecto al ofrecer la prueba pericial de tasación, la hoy recurrente incluyó entre los puntos de pericia el siguiente: ?c) Para el supuesto de verificarse oscilaciones en el costo de las locaciones, el experto informará el monto histórico al momento de promoverse la demanda y el existente al momento de practicarse la pericia?. (Sic. fs. 34 del escrito de demanda). La experta no contestó este punto de pericia y la apelante debidamente notificada de la presentación de la misma, guardó total silencio. Es decir, que incumplió la carga probatoria que sobre ella pesaba (Doct. Art 375, 473 y concs. Del CPC). Como resultado normal del incumplimiento de toda carga probatoria, es la apelante la que debe soportar las consecuencias adversas de no haber brindado adecuados elementos de prueba que sirvieran como vía orientativa para el Juez. Al margen de cualquier otra consideración, este primer agravio también debe rechazarse, porque se reitera que al tomar conocimiento de la pericia, la actora omitió requerirle al Sr. Juez de grado que la experta cubriese la señalada omisión.-

VII.- Segundo Agravio. La proporción que deberá pagar cada codemandado. Bajo este título, la misma apelante dice que en el caso debió establecerse, que porcentaje corresponde pagar a cada codemandada. Agregando que este agravio tiene una finalidad preventiva a fin de aventar eventuales discusiones en la etapa de ejecución de sentencia. En tanto, los agravios deben ser actuales, y el Juez, -amén de ello- no debe expedirse sobre supuestos ulteriores, porque hacerlo configuraría resolver sobre un elemento conjetural. Este agravio debe también rechazarse (Doct. art. 242 y concs. del CPC). (Conf. Costa, ?El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil?, Ed. Asociación de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, 1950, P. 24, Pag. 45).

VIII.- Tercer Agravio. La Tasa de interés. El señor juez de primera instancia fijó los intereses estableciendo que la demandada debía abonarlos conforme a los vigentes para los depósitos que a treinta días asigna el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los sucesivos periodos de aplicación. En virtud del principio de ?eventualidad procesal?, la apelante dejó requerido que para la hipótesis de no hacerse lugar al aumento de canon por ella impetrado, cuestionaba dichos intereses, requiriendo que se fije la tasa pasiva digital mensual a treinta días de la misma institución bancaria.

IX.- En efecto, con respecto a lo relativo a la aplicación de la tasa de interés en su variante ?digital?, entiendo que le asiste razón al accionante dado que en expediente de esta Sala N° 28459 del 5/05/2015 votando en primer término propuse la aplicación de la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires. No habiendo modificado el criterio, voy a transcribir los párrafos pertinentes del voto señalado: ?...Recientemente la Excm. SCBA en causa ?Zocaro, Tomas Alberto c/ Provincia A.R.T. S.A. y otro s/Daños y perjuicios?, el 11/3/2015 (JUBA B 3550771), dejó sentado, en definitiva, que la aplicación de la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días (?tasa pasiva digital?) no violaba su doctrina legal pues la misma era una de las variantes de la ?tasa pasiva? que tal tribunal considera aplicable para calcular los intereses moratorios. Conforme surge de la página web del Banco de la Provincia de Buenos Aires, de fácil acceso a todos los ciudadanos, la tasa pasiva en su variante denominada ?digital? es mayor que la tasa pasiva ?común?. En condiciones tales, estimo que debe fijarse dicha tasa de interés (tasa pasiva digital) puesto que la misma posibilita, de un modo más eficiente -dado el contexto económico actual- materializar la reparación integral del lesionado y resguarda así su derecho de propiedad, ambos de raigambre constitucional. Otra consideración quiero dejar sentada en favor de la tasa de intereses que propongo, al acuerdo, fijar. Es que, si en expediente de esta Sala n° 23674 del 3/03/2006, por medio de mi voto en primer término al cual adhirieron mis entonces colegas de Sala Dres. Nolfi y Bagattin, adoptamos una tasa de interés superior a la ?tasa pasiva digital? con mayor razón aun considero que esta última debe ser aplicable en supuestos como el de autos. Por otro lado destaco que dicha "tasa pasiva digital" ya fue adoptada recientemente por esta Sala, sin bien en el marco de un proceso sobre cobro ejecutivo de alquileres, en expdte. n° 29079 del 23-4-2015....?. No obstante que alguno de los tópicos abordados en la transcripción que antecede no resultan aplicables al ?subdiscussio?, a pesar de ello, los he transcrito para no fracturar la identidad de criterio sentado por este Tribunal en el tema relativo a los intereses.

X.- Dicho ello, debo destacar también, que desde el 1° de agosto de 2015, fecha en la que entró en vigencia el CCC, rige su art. 768, que respecto de la tasa de los intereses moratorios, dice que se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. Esta norma es de aplicación inmediata a los intereses que se devenguen desde la indicada fecha, porque ellos son una consecuencia de la relación obligacional generada por el hecho ilícito (CCC 7). Se aplica el inc.

¿c?, ya que no se conoce en autos que al respecto exista acuerdo de partes (¿a?), ni tampoco hay una ley especial ad hoc (¿b?). En síntesis, de acuerdo a lo que transcribí en el punto IX, concordante ello con lo que también expresé en el acápite X, entiendo que conforme a la facultad que al juzgador le confiere el art 622 del Código de Vélez, debe acogerse este reclamo ya que coincide con el criterio aplicado por esta Sala en las anteriores oportunidades citadas. Esta tasa -que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días (¿tasa pasiva digital?)- regirá hasta el 31 de julio de 2015; a partir del 1° de agosto, corresponde aplicar el nuevo Código Civil y Comercial art. 768 inc. c) donde preceptúa ¿En subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?. XI.- Costas de Alzada. En atención a que el recurso progresa en escasa medida y que no existe actuación de la contraria en la Alzada oponiéndose a los agravios del recurrente, las costas de Alzada deben distribuirse ¿por su orden?. (art. 68 CPC). Con la única salvedad indicada precedentemente al abordar el tema de los intereses, voto por la A AFIRMATIVA. A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Señor. Juez Dr. Roberto Ángel Bagattin, con la misma salvedad, por iguales razones y fundamentos que los emitidos por el Señor Juez preopinante dio su voto también por la AFIRMATIVA. A LA SEGUNDA CUESTION, El Señor Juez Dr. Luis Tomas Marchió dijo: En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1°.- Modificar la sentencia de fs. 184/187vta. en cuanto al rubro intereses, disponiéndose que: a) Los correspondientes al periodo que va desde el 23/02/2009 hasta el 31/07/2015, serán los concernientes a la tasa pasiva digital para los depósitos a treinta días del Banco de la Provincia de Buenos Aires.; b) De allí en más, desde el 1° de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago, se aplicarán las tasas que se fijen por la reglamentación del Banco Central de la República Argentina conforme a lo normado por el art. 768 inc. c) del nuevo CCC. 2°.- Confirmar dicha sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de recurso y agravio. 3°.- Distribuir ¿por su orden? las costas de Alzada. ASI LO VOTO.- A LA MISMA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Roberto Ángel Bagattin, por iguales razones y fundamentos que los emitidos por el Señor Juez preopinante dio su voto en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA: Mercedes de Febrero de 2016.- Y VISTOS: SE RESUELVE: 1°.- Modificar la sentencia de fs. 184/187vta. en cuanto al rubro intereses, disponiéndose que: a) Los correspondientes al periodo que va desde el 23/02/2009 hasta el 31/07/2015, serán los concernientes a la tasa pasiva digital para los depósitos a treinta días del Banco de la Provincia de Buenos Aires.; b) De allí en más, desde el 1° de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago, se aplicarán las tasas que se fijen por la reglamentación del Banco Central de la República Argentina conforme a lo normado por el art. 768 inc. c) del nuevo CCC. 2°.- Confirmar dicha sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de recurso y agravio. 3°.- Distribuir ¿por su orden? las costas de Alzada. 4°.- REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.- 006118E