

Demanda De Simulacion Compraventa De Inmueble Donacion Encubierta

JURISPRUDENCIA

Demanda de simulación. Compraventa de inmueble. Donación

encubierta

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda de simulación y declaró la nulidad de las escrituras de compraventa del 50% indiviso del inmueble y la transferencia del fondo de comercio, en el entendimiento de que el acto simulado constituyó una donación encubierta.

En la ciudad de La Plata, a los 15 días del mes de Agosto de 2017, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia única en los autos caratulados: "DEL COGLIANO NESTOR E.Y OT.C/MORMANN ROBERTO Y OTS. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS " (causa: 44044-1) y en los autos caratulados: "DEL COGLIANO, NESTOR EDUARDO Y OT. C/MORMANN, ROBERTO Y OT. S/DAÑOS Y PERJUICIOS" (causa: 44.044/1) , se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone.

LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justa la apelada sentencia de fs. 876/888 vta. de los autos "DEL COGLIANO, NESTOR EDUARDO Y OTRO c/MORMANN, ROBERTO Y OTRO s/JUICIO ORDINARIO DE SIMULACION?", y fs. 307/319 vta. de los autos "DEL COGLIANO, NESTOR EDUARDO Y OTRO c/MORMANN, ROBERTO Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS"?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A la primera cuestión planteada el doctor Sosa Aubone dijo:

I. Antecedentes.

1.1. En la sentencia única dictada en los procesos acumulados precitados, se hizo lugar a la demanda de simulación incoada por Néstor Eduardo Del Cogliano y Fabián Alberto Del Cogliano contra Roberto Mormann, Susana Beatriz Araya y la sucesión de Hugo Humberto Del Cogliano en referencia a la compraventa del 50% del inmueble sito en calle Mitre n° 1000 de la ciudad de Quilmes, asiento del negocio "Quilmes Glass" formalizado por escritura el día 24/4/93 por el escribano Raúl Nátoli, cuyos datos catastrales son Cir. I, Secc. M, Manz. 53, Parcela 13 b de Quilmes, inscripto en la Matrícula 48.683, como asimismo de la transferencia del fondo de comercio "Quilmes Glass", instrumentadas en escritura pública n° 50 del 24/4/1993 autorizada por el escribano Raúl Nátoli y en consecuencia declarando su nulidad.

Además hizo lugar al reclamo de daños y perjuicios efectuado por la parte actora y por consiguiente condenó a los demandados nombrados precedentemente a abonar a aquella como daño moral la suma de PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000) (\$ 20.000 para cada actor).

Impuso las costas a los demandados en su condición de vencidos.

1.2. Recurrió la actora (fs. 890 de la causa 44.044 y fs. 320 de su acumulado 44.044/1), a través de su letrado apoderado, quien expresó agravios a fs. 904/907, los que no merecieron réplica alguna.

1.3. A fs. 909 se llaman "autos para sentencia", providencia que esta firme y consentida.

II. Los agravios.

2.1. El actor divide los agravios en dos aspectos. En primer lugar critica lo resuelto en el juicio de simulación, donde esgrime un error en la designación de la Matrícula 48.863. Dice que la numeración correcta es 48.636.

2.2. Luego dice que se omitió establecer el procedimiento operativo para el cumplimiento de la sentencia condenatoria de simulación, solicitando que se libre oficio a la notaria interviniente de las escrituras en cuestión a fin de que se tome nota de la nulidad de la transferencia y de la posterior cancelación de la inscripción dominial respectiva mediante oficio al Registro de la Propiedad Inmueble a fin de que se restablezca la titularidad dominial del Sr Hugo Humberto Del Cogliano en los términos que resultaban antes de la venta simulada.

2.3. Con relación al cuestionamiento de la pretensión de daños y perjuicios, se queja del importe otorgado en concepto de daño moral, al que considera irrisorio.

2.4. Por otra parte considera que es contradictorio lo resuelto en orden a que debe interpretarse que el acto simulado de venta como si se trata de una donación a favor de Susana Beatriz Araya y por ende sujeta a las reglas de la reducción de herencia por exceder la legítima. Considera que no se está en presencia de una donación inoficiosa, sino ante una maniobra ilícita de simulación que pretendía desheredar a los actores producto de un acto fraudulento donde se simuló una venta a favor de un tercero no heredero. Cuestiona la presencia de una donación inoficiosa como acto válido subsistente permitiría resolver la cuestión por aplicación de los arts. 1830 y siguientes y 3600 del Código Civil.

2.5. Pide una reparación por la privación de uso y goce de los frutos del 50% indiviso del inmueble sito en Avda. Mitre N° 1000 de Quilmes, del negocio Quilmes Glass y por el valor de los bienes enajenados a su cierre.

2.6. Culmina pidiendo la reparación a valores actuales, para que la tasa de interés determinada en la sentencia (tasa pasiva) no torne ilusoria la suma fijada con fines reparatorios. En su defecto pide la tasa activa.

III. Tratamiento de los agravios.

3.1. Por una cuestión de orden, comenzaré el tratamiento de los agravios relacionados a la acción de simulación, tras lo cual se analizarán los que corresponden a la acción de daños.

3.2. En primer lugar corresponde corregir el error material contenido en la sentencia, referido a la matrícula del inmueble transferido por la escritura N° 49 del 24/4/93, por medio de la cual se transite la mitad indivisa de un inmueble ubicado en la ciudad y partido de Quilmes, con frente a la Avda. Mitre N° 1000, Nomenclatura catastral Circunscripción I,

Sección M, Manzana 53, Parcela 13b, cuya matrícula es la N° 48.636 y no la 48.683 contenida en la sentencia (ver fs. 26/29 de los autos ?Del Cogliano, Hugo Humberto s/Sucesión?, cuya copia obra a fs. 27/30 de los autos por daños y perjuicios e informe de dominio de fs. 69/70) (arts. 163, 164, 266, 330, 354 inc. 1, 375 y 384, C.P.C.C.). 3.3. Si bien es cierto que la sentencia que hizo lugar a la demanda de simulación y declaró la nulidad de las escrituras de compraventa del 50% indiviso del inmueble sito en calle Mitre n° 1000 de Quilmes (escritura n° 49) y transferencia del fondo de comercio ?Quilmes Glass? (escritura n° 50), le ha faltado ordenar la cancelación de la respectiva inscripción, mediante el libramiento de los oficios de estilo. Ahora bien, como el acto simulado fue considerado una donación encubierta efectuada por el fallecido Hugo Humberto Del Cogliano a favor de Susana Beatriz Araya, y como tal sujeta a la reducción pertinente en la medida que exceda la porción disponible del causante, lo que deberá ser planteado en la sucesión de Del Cogliano, la cancelación precitada está sujeta a su inoficiosidad, lo cual deberá ser decidido en el sucesorio en cuestión, donde deben completarse los actos tendientes a efectivizar lo decidido. 3.4. En cuanto al tratamiento del acto simulado como una donación, tengo presente que la juzgadora de la instancia de origen consideró que el propósito del causante -Sr. Hugo Humberto Del Cogliano- fue beneficiar económicamente a quien fuera su segunda mujer -Sra. Susana Beatriz Araya- ocultando donaciones para partir anticipadamente sus bienes a favor de ésta (art. 3514, Código Civil) y evitar en el futuro discusiones en torno a la partición entre los potenciales sucesores, en este caso sus hijos los Sres. Néstor Eduardo y Fabián Alberto Del Cogliano. Luego de exponer una serie de indicios (mala relación del padre con los hijos del primer matrimonio y su segunda esposa; intención de desheredar a sus hijos en beneficio de su segunda esposa; familiaridad del comprador Mormann con la Sra. Araya y su dudosa solvencia para encarar las operaciones cuestionadas; al momento de las operaciones el Sr. Mormann era pareja de la madre de la Sra. Araya; operaciones realizadas ante un mismo escribano, en actos sucesivos, respecto de bienes que representaban la mayor parte del patrimonio; las operaciones se realizaron cuando el Sr. Del Cogliano padecía una enfermedad terminal y se encontraba internado en un estado de salud muy deteriorado; no se acreditó la recepción del dinero por parte del vendedor, ni la disponibilidad del dinero; retención de las escrituras por parte de la Sra. Araya), consideró que las transferencias impugnadas fueron simuladas y encubrieron una donación (arts. 955, 956 y 958, Código Civil), por lo que decidió acoger la demanda de simulación (fs. 885/886). Más adelante, al tratar el reclamo de daños y perjuicios, volvió sobre el tema y expresó -utilizando expresiones vertidas por la CNCiv., Sala E, en la sentencia dictada en la causa ?Calejman, Ricardo T. c. Calejman, Luisa S. y otro?, del 10/3/98- que el alcance que se debe acordar a la declaración de simulación en cuanto declara una donación encubierta efectuada por el fallecido Hugo Humberto De Cogliano a favor de Susana Beatriz Araya, como tal, se encuentra sujeta a reducción en la medida que exceda la porción disponible del causante (conf. cites. arts. 1830 a 1832 y 3600 y cons. del Código Civil; CNCiv., -omitió referir que es un fallo de la Sala E- en E.D. 91-188). Por lo tanto, el valor de dicho inmueble como asimismo el fondo de comercio -y no el inmueble mismo-, calculado en la forma establecida por el art. 3602 del citado cuerpo legal, deberá ser computado en la masa hereditaria a los fines de la legítima que corresponde a los actores, en su carácter de hijos del de cujus (conf. art. 3593 del citado Código, texto según ley 23.264) y, en el supuesto de excederla, deberán serle restituidos los valores suficientes para dejar a salvo su legítima, conforme determinación que deberá ser planteada en la sucesión de Del Cogliano. 3.5. En primer lugar corresponde destacar que la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten (art. 955, Código Civil, norma aplicable conforme art. 3, cód. cit.; 7, C.C.C.N.). La definición que brinda la norma citada, es meramente descriptiva de la simulación relativa (en la simulación absoluta, que está regulada en el artículo 956, las partes del contrato no quieren celebrar negocio alguno), por lo que la enumeración que realiza es enunciativa (ver en este sentido BELLUSCIO-ZANNONI, ?Código Civil?, ed. Astrea, t. 4, pág. 387; BUERES-HIGHTON, ?Código Civil?, t. 2-B, ed. Hammurabi, 1998, pág. 623). El acto simulado es un negocio aparente, ficticio, que bajo el ropaje de un acto querido por las partes -que aparentemente es lícito, posible y reúne las formas legales pertinentes- esconde otro distinto, que no ha querido ser exteriorizado como tal por las partes, y que permanece oculto, disimulado. Tal como concluyen BUERES-HIGHTON (op. cit., pág. 629, con cita de MOSSET ITURRASPE), el engaño, que es de la esencia de toda simulación, obedece siempre a una causa. En la simulación lícita el motivo determinante se vincula a un interés justificado y aceptable que, a su vez, no causa perjuicio a terceros. Hay engaño pero no perjuicio, de ahí que se lo califique de inocente. En la simulación ilícita, por el contrario, el engaño encierra o produce un perjuicio para terceros. De ahí la importancia de la indagación acerca del porqué del engaño, si inocente o perjudicial. Y si bien la causa simulandi no es recaudo exigido legalmente para probar la existencia del acto simulado, resulta imprescindible cuando es necesario indagar acerca de la licitud de la simulación, tal como acontece en una acción promovida entre las partes simulantes. De lo expuesto, se evidencia claramente que la ley atiende a la voluntad real, aun cuando ésta se haya ocultado tras el negocio simulado (BUERES-HIGHTON, op. cit., pág. 649). Casi es obvio destacar que cuando se encubre, al decir del art. 955, el carácter jurídico de un acto, hay simulación relativa, ya que existe siempre

un negocio disimulado -lícito o ilícito- que vincula a las partes del negocio simulado (conf. BELLUSCIO-ZANNONI, op. cit., pág. 396). Sentado ello, se impone distinguir entre el acto simulado (ostensible, aparente, que en el caso de autos está dado por varios contratos de compraventa), del acto disimulado (oculto, representado por una donación), lo cual es producto de un acuerdo simulatorio (entre el padre de los actores, Sr. Del Cogliano y su segunda esposa, la Sra. Araya), con participación de un tercero (Sr. Mormann), quien en forma ficticia ha sustituido al verdadero contratante o si se quiere la verdadera beneficiaria (Sra. Araya). La mala relación entre padre, hijos del primer matrimonio y la segunda esposa, hizo que el Sr. Del Cogliano quisiera beneficiar gratuitamente a su segunda esposa, donándole sus bienes, pero para que la donación no esté en el futuro expuesta a reducción o colación, simula venderle a un tercero (ya que no le podía vender a la esposa), lo que supone, obviamente, un acuerdo previo (acuerdo simulatorio). Entonces, en el caso de autos tenemos una situación real que ha sido ocultada (v.gr. intención de beneficiar a la esposa), a través de un contrato de compraventa entre Del Cogliano-Mormann, que es un acto jurídico aparente y contrario a la realidad, ya que la transmisión se realizó sin contraprestación, con la intención de eludir la acción de los herederos del vendedor. El ejemplo de la compraventa que oculta una donación ha sido citado por los autores: ver BELLUSCIO-ZANNONI-, op. cit., pág. 391; BUERES-HIGHTON, op. cit., págs. 646 y 651/652), lo que constituye una simulación relativa en relación a la naturaleza del contrato. En la simulación el negocio ostensible, simulado, tiene a provocar una creencia, un engaño frente a terceros. En este sentido expresa el art. 955 del Código Civil que la simulación "encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro", tal como es el caso de autos donde bajo la apariencia de una compraventa, se encubre, disimula, una liberalidad realizada por el transmitente del dominio, que se vale de un negocio simulado distinto como es la compraventa. Se recurrió a este arbitrio para sustraer al acto de disposición de las normas que debieran aplicarse de acuerdo con la naturaleza propia del negocio. En otras palabras, se sustituye esa naturaleza por un negocio simulado que realiza el fin práctico buscado por los otorgantes y que, simultáneamente, evita la aplicación de las disposiciones legales que corresponden al negocio disimulado. En el caso de la donación encubierta bajo la apariencia de compraventa, por ejemplo, las normas relativas a la colación entre herederos forzosos (art. 3476, Cód. Civ.), o la reducción por inoficiosidad (art. 1831 y 3600), etc. (conf. BELLUSCIO-ZANNONI, op. cit., pág. 396). Conforme el art. 501 del C.Civil, la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera, lo cual hace prevalecer la voluntad real sobre la declaración contenida en el negocio simulado. Por su parte el art. 958 del Código Civil establece que cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero. En razón de lo dispuesto por tales normas, el Código Civil ha otorgado primacía al negocio disimulado (primacía de la finalidad), en razón de que como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta solo sirve para enmascarar el verdadero negocio concluido entre las partes, la posible o eventual ineficacia o nulidad de la forma externa simulada, no obstaculiza la validez en tanto lícito, del verdadero negocio encerrado en el acto. Así, apartado como falso el negocio simulado, queda al descubierto el negocio disimulado, con ello, sometido al examen de licitud, validez y eficacia (conf. BUERES-HIGHTON, op. cit., pág. 652). Por su parte, la simulación genera un doble orden de relaciones: a) entre las partes del acuerdo simulatorio (relaciones denominadas internas), y b) entre las partes del negocio simulado y los terceros (relaciones denominadas externas) (BELLUSCIO-ZANNONI, op. cit., pág. 390). 3.6. En el sentido expresado se ha pronunciado la jurisprudencia bonaerense, al establecer que la acción de simulación lo que propone es dejar al descubierto el acto realmente querido y anular el aparente, el acto simulado es ficticio enmascarando un acto serio cuando la simulación es relativa, verbigracia: una donación encubierta como compraventa y la "nada", cuando es absoluta (art. 956, su doct. del Código Civil) (conf. Cám. Civ. y Com. Sala I, Quilmes, 8567, RSD. 32/2006, 18/05/2006, ?Lescano, Silvia J. c/Ochiuzzo, Silvano y otro s/Simulación?). También se ha dicho que una de las formas más frecuentes de la simulación relativa es la que recae sobre la naturaleza del negocio realmente celebrado. Por ejemplo, en los casos en que una donación (negocio real) es encubierta bajo la apariencia de compraventa (negocio simulado). En ellos será suficiente sustituir el elemento gratuidad de la primera por un precio en dinero y consecuentemente alterar la causa o motivo determinante (Cám. Civ. y Com. Trenque Lauquén, 8576, RSD. 16-41, 06/08/87, ?Pagani, Eva y otros c/Pagani, Adolfo y su sucesión s/Simulación y colación?). Y que la existencia de una liberalidad encubierta, traducida en una escritura de compraventa, importa un acto de simulación relativa, que no autoriza la nulidad del acto encubierto y sólo da derecho a demandar la reducción de la donación, en cuanto fuere inoficiosa. Es lo que en doctrina se conoce como "conversión del acto jurídico ineficaz" (Cám. Civ. y Com. Trenque Lauquén, 8576, RSD. 16/41, 06/08/87, ?Pagani, Eva y otros c/Pagani, Adolfo y su sucesión s/Simulación y colación?). 3.7. Sentado ello, cuando el recurrente cuestiona lo decidido en la instancia de origen, no critica en forma concreta los fundamentos del sentenciante sobre las causas de la simulación, esto es la intención de desheredar a los hijos y beneficiar a la Sra. Araya, por lo que tal cuestión arriba firme a esta instancia (arts. 260 y 261, C.P.C.C.). No es ocioso destacar que el recurrente basa su crítica en la presencia de una maniobra de simulación ilícita donde se pretendía desheredar a los hijos del Sr. Del Cogliano y no de una donación encubierta, tras lo cual afirma

la presencia de un acto nulo que de ninguna manera puede tener los efectos de un acto lícito como lo es una donación, aunque -tal como ya se dijo- se queda a mitad de camino ya que no cuestiona los fundamentos desplegados por la sentenciante de origen para considerar que la real intención de las partes fue realizar una donación en favor de la Sra. Araya, y ello torna ineficaz el disenso (arts. 260, 261 y 384, C.P.C.C.). Por otra parte, cuando dice que el acto simulado no fue realizado en favor de una heredera forzosa ni legitimaria como podría haberlo sido la cónyuge (en segundas nupcias, Sra. Susana Beatriz Araya), sino a favor de un tercero no heredero (Roberto Mormann, padrastro de la citada), prescinde del desarrollo realizado y pierde de vista que la simulación no sólo se puede referir a la naturaleza del contrato (ocultamiento de una donación bajo la forma de una compraventa), sino en relación a los sujetos intervinientes (se incluyó al Sr. Mormann, cuando en realidad se pretendió beneficiar a la Sra. Araya). 3.8. Habida cuenta lo expresado, corresponde confirmar lo resuelto en la instancia de origen en orden a la presencia de una donación encubierta en favor de la Sra. Araya y como tal sujeta a reducción en la medida que exceda la porción disponible del causante (arts. 163, 164, 260, 261, 266 y 384, C.P.C.C.). 3.9. En función de ello y siendo que los fundamentos dados en la resolución puesta en crisis para rechazar el daño material pretendido (punto I ¿Daño material? a fs. 886 vta.) no han sido objeto de cuestionamiento alguno, corresponde desestimar el agravio vertido al respecto (arts. 163, 164, 260 y 261, C.P.C.C.). 3.10. En cuanto al daño moral, la actora cuestiona por insuficiente el monto de \$ 20.000 otorgado a cada uno de los actores. 3.10.1. Llegan sin crítica los argumentos del sentenciante en orden a la procedencia del daño moral (que en hechos ilícitos procede sin otra prueba que la certeza que ha existido, sin que sea necesaria prueba específica alguna), por lo que en base a tal plataforma habré de analizar los agravios vertidos que se limitan a disentir con el monto otorgado por el sentenciante de origen con base en el acto simulado, la importancia de los bienes comprendidos y la necesidad de transitar este largo proceso. 3.10.2. Tal como reiteradamente se ha sostenido, las indemnizaciones en esta parcela no deben guardar necesariamente proporcionalidad con el daño material, pues su fijación como monto depende del hecho generador y se halla sujeta al prudente arbitrio judicial merituando las circunstancias que rodearon el hecho (arts. 1078, Código Civil, 165 y 384 del C.P.C.C.; SCBA, Ac. 21.311, Ac. 21.512, Ac. 31.583, Ac. 41.539). A su vez, debe ponderarse el dolor humano como agravio concreto a la persona, y más allá de que se entienda que lo padecido no es susceptible de ser enmendado, es lo cierto que la tarea del juez es realizar "la justicia humana" y con ello no hay enriquecimiento sin causa ni se pone en juego algún tipo de comercialización de los sentimientos. No hay "lucro", porque este concepto viene de sacar ganancia o provechos, y en estos supuestos de lo que se trata es de obtener compensaciones ante un daño consumado; y un beneficio contrapuesto al daño, el único posible para que se procure la igualación de los efectos, dejando con ello en claro el carácter resarcitorio que se asigna al daño moral (conf. Belluscio, Código Civil Anotado, t. 5, pág. 110 citando a pie de página a CNCiv., Sala C, L.L. 1978-D, 645, y a Mosset Iturraspe; esta Cámara, Sala III, causas B-83.346, RSD. 164/96; y B-79.317 RSD. 49/95; 89.362, RSD. 71/99). Asimismo valoro, que han de primar normas de prudencia y razonabilidad sin incurrir en demasías decisorias para evitar que el reclamo se transforme en fuente de enriquecimiento indebido, o en un ejercicio abusivo del derecho (nota art. 784, 1077, 1078 del C. Civil, esta Cámara, Sala III, causas B-84.430, RSD. 37/97 y B-83.966, RSD. 77/97). Conforme la plataforma fáctica del juez de primer grado, considerando la entidad de los actos simulados, sus consecuencias a nivel de los sentimientos que pudieron provocar en los actores, la relación de enemistad existente entre los actores y su padre y nueva pareja, y haciendo uso del arbitrio judicial -ante la falta de prueba sobre la afectación del hecho en la personalidad de los actores-, estimo que la suma otorgada ponderada con criterio de actualidad debe ser confirmada (arts. 163, 164, 165, 260, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375 y 384 del Cód. Procesal; arts. 3, 1078 y 1083 del Cód. Civil; 7, C.C.C.N.). 3.11. En cuanto a la reparación a valores actuales, como la simulación importa una donación encubierta que está sujeta a la reducción pertinente en cuanto afecte la legítima, lo que importa una compensación a valores homogéneos, la pretensión de consideración de los montos respectivos a valores actuales es improcedente en esta sede. Por otra parte, el importe que hace a la reparación del daño moral ha sido considerado a valores actuales (arts. 163, 164, 260, 261 y 384, C.P.C.C.). 3.12. Por último, con relación a la tasa de interés, el recurrente reclama la aplicación de la tasa activa, lo cual contraría la doctrina legal vigente en la materia (art. 161, inc. 3 a, Const. Prov.), que ha sido receptada en la sentencia apelada (ver fs. 888). En este sentido, la Suprema Corte ha dicho que la tasa activa tiene incorporado, además de lo que corresponde por el "precio del dinero", un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales (SCBA, por mayoría, A. 71.170, 10/6/2015, RSD. 188/2015), aunque para justificar la no aplicación de dicha tasa a otros sujetos. No es ocioso destacar que en el caso de autos se está frente a un interés resarcitorio, que es una subespecie del interés moratorio que se aplica a la reparación de las consecuencias de un hecho ilícito, y tiende -al igual que el moratorio- a resarcir la privación de un capital (en tanto los compensatorios, también llamados retributivos o lucrativos, se adeudan como contraprestación o precio por el uso del dinero, sin necesidad de mora del deudor; y los punitivos son los que emergen como una sanción a raíz del incumplimiento). En el Código Civil los intereses moratorios están regulados en el art. 622, que establece que en caso de mora de una obligación dineraria, el deudor siempre debe pagar intereses (presunción de daño) a la tasa

que hubiesen fijado las partes; en su defecto, en los que la ley determinara; o, en su ausencia, los que el juez fije. Tratándose de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, la determinación judicial de la tasa de interés generó diversas interpretaciones. La vigencia de la ley de convertibilidad 23.928 puso fin a los procedimientos de actualización por desvalorización monetaria de créditos de cualquier orden a partir del 1° de abril de 1991, siendo susceptibles de repotenciación los créditos de origen anterior a esa fecha y sólo hasta el 31 de marzo de 1991. Al derogarse los sistemas indexatorios se volvió al sistema tradicional de tasas de interés que habían regido las relaciones contractuales en períodos de normalidad. En cierta manera ello importó un retorno al nominalismo monetario. Aunque no debe perderse de vista que lo prohibido, a estar a lo dispuesto en el art. 7° de la ley 23.928, es la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquier fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991. En realidad ¿el legislador no ha vedado un resultado sino un mecanismo. Ha prohibido la indexación por precios, no que las tasas de interés sean o puedan ser superiores. De lo contrario sería incongruente la absoluta libertad de contratación al respecto, que en otra parte de la misma Ley se establece (art. 623 C.C. reformado)? (Rougés, ¿Ley de convertibilidad e intereses?, L.L. 1995-C, 1321) (del voto del Dr. de Lazzari, en causa Ac. 60.168, del 28/10/97, DJBA 154-115). A raíz de la ley de 23.928, la Corte Suprema, en los autos "Y.P.F. c/Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/Cobro de australes", del 3/3/92, dispuso que a partir del 1° de abril de 1991 regirá la tasa de interés pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, ya que de lo contrario, la "desindexación" perseguida por la ley de convertibilidad mediante la supresión de los procedimientos de actualización sustentados en la utilización de indicadores, "quedaría desvirtuada por la aplicación de la tasa de interés activa, ya que ésta, especialmente a partir de la vigencia de la nueva ley, ha superado sustancialmente a los índices de precios que venía aplicando este Tribunal, por lo que no mantiene "incólume el contenido económico" sino que genera en el patrimonio del acreedor un enriquecimiento incausado".

La postulación de la tasa pasiva fue reforzada con el fallo de la CSN, del 10/6/92, "López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/accidente-acción civil" (L.L. 1992-E, 48), donde por mayoría se casó el fallo que en materia laboral había determinado la aplicación de la tasa activa, sobre la base de lo expresado en el caso "YPF c/Corrientes" citado, por considerar a la tasa activa un instrumento en reemplazo de la 'indexación' cuya supresión marca la ley 23.928. Además se consideró que con su aplicación se desvirtuaría dicha ley y se afectaría el 'proceso de estabilización' de la economía iniciado con las leyes 23.696 y 23.697, y que con ello se alimentaría la inflación y afectaría el mantenimiento de los valores. Similar camino fue seguido por la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires, quien ha dicho la Suprema Corte provincial que a partir del 1° de abril de 1991, corresponde aplicar a los créditos pendientes de pago reconocidos judicialmente la tasa de interés que abone el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente durante los distintos períodos de aplicación y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario (art. 622, Código Civil y 8° ley 23.928) (ver causas Ac. 43.448, 21/5/91, DJBA T. 142, pág. 191, Ac. y Sent. 1991-I, 773; Ac. 43.858, 21/5/91, J.A. 1991-IV, 3, Ac. y Sent. 1991-I, 788; Ac. 48.827, 23/12/91; Ac. 49.987, 16/6/92; L. 49.809, 7/7/92, L.L. 1994-B, 258; Ac. 38.680, 28/9/93; L. 50.107, 21/12/93; L. 57.567, 14/11/95, DJBA T 150, pág. 604; L. 57.681, 14/11/95; L. 58.171, 20/2/96; L. 60.380, 20/8/96, DJBA 151-236; L. 60.225, 25/11/97, DJBA 154-147; Ac. 57.803, 17/2/98; Ac. 72.204, 15/3/2000; L. 87.190, 27/10/2004). Es así como en el ámbito bonaerense se extendió la aplicación de la tasa pasiva, salvo en aquellos supuestos en que la ley establecía la aplicación de la tasa activa (v.gr. arts. 52 y 53, dec. ley 5965/63; 41, ley 24.452). Cuando se postuló la aplicación de la tasa activa consideró que ello era un modo encubierto de actualización que estaba vedado por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (Ac. 92.667, 14/9/2005, entre muchas otras). Ahora bien, la temática de la tasa de interés aplicable siguió haciendo camino en la órbita de la Corte nacional. Es así que la Corte Suprema Nacional, variando el criterio sentado -por mayoría- en el caso "López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/Accidente-acción civil", expresó que la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del C.Civ. como consecuencia del régimen establecido por ley 23.928, queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión (CSN, 17/5/94, ¿Banco Sudameris c/Belcam S.A. y otra?, J.A. 1994-II, 690; D.T. 1994-B, 1975; L.L. 1994-C, 30). Ahora bien, a partir del caso ¿Banco Sudameris? ciertos tribunales -fundamentalmente en el ámbito nacional- han comenzado a manejarse con mayor plasticidad en cuanto al otorgamiento de la tasa de interés al caso concreto, apartándose de concepciones rígidas y uniformes. Pese a ello, la Suprema Corte provincial se mantuvo firme en la aplicación de la tasa pasiva, incluso para obligaciones laborales y alimentarias, ya que consideró que la aplicación de la tasa activa importaba una pretensión indexatoria (causas B. 49.139 bis, 2/10/2002; Ac. 86.304, 27/10/2004; L. 85.591, 18/7/2007; L. 90.139, 11/6/2008). La cuestión varió a partir del caso ¿Zocaro? (RI. 118.615, del 11/3/2015), donde la Suprema Corte provincial consideró que la aplicación de la tasa pasiva digital (tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia -BIP- a treinta días, con vigencia desde el 19/8/2008) no viola la doctrina legal y marcó

una apertura en orden a la elección judicial de la tasa pasiva aplicable. Tal es así que ha consagrado la tasa pasiva más alta (ver SCBA, causa C. 119.176, del 15/6/2016), lo cual debe adaptarse a las circunstancias del caso. Por ello, la crítica que realiza el apelante en orden a la aplicación de la tasa activa no es atendible, debiendo confirmarse lo resuelto en la instancia de origen (arts. 163, 164, 260, 261 y 375, C.P.C.C.; 3 y 622, Código Civil). Voto por la AFIRMATIVA. A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. LOPEZ MURO dijo que por análogas razones a las merítadas por el colega preopinante adhería a la solución propuesta y en consecuencia también votaba por la AFIRMATIVA. A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo: Atendiendo al acuerdo alcanzado corresponde y así lo propongo, confirmar la sentencia de fs. 876/888 vta. y fs. 307/319 vta. de los autos caratulados: "DEL COGLIANO, NESTOR Y OT. C/MORMANN, ROBERTO Y OT. S/DAÑOS Y PERJUICIOS". Postulo que las costas de segunda instancia se impongan a los actores apelantes en su calidad de vencidos (arts. 68, 163, 164, 260, 266, 272 C.P.C.C.). ASI LO VOTO. A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. LOPEZ MURO dijo que por idénticos motivos votaba en igual sentido que el doctor SOSA AUBONE. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA POR ELLO, y demás fundamentos expuestos se confirma la sentencia de fs. 876/888vta. y fs. 307/319 vta. Costas a la actora apelante. Imprímase una sentencia en cada causa acumulada. REG. NOT. DEV. 020721E