“Ruscio, José c/ López, Mirta Mónica y otro s/ daños y perjuicios”

Expte. n.° 69245/2016

Juzgado n.° 21

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 23 días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, reunidos en acuerdo –en los términos de los arts. 12 y 14 de la Acordada n.° 27/2020 de la C.S.J.N.– los señores jueces de la Sala “A” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados*: **“Ruscio, José c/ López, Mirta Mónica y otro s/ daños y perjuicios”***, respecto de la sentencia dictada el 24/7/2020, establecen la siguiente cuestión a resolver:

¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: **SEBASTIÁN PICASSO - RICARDO LI ROSI – CARLOS A. CALVO COSTA**

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I.- En la sentencia del 24/7/2020 se admitió la demanda promovida por José Ruscio contra Mirta Mónica López y Mariela Cecilia Stratico, y se condenó a las demandadas a abonar a la sucesión del actor la suma de $ 625.620,01, más los intereses y las costas del proceso.

El pronunciamiento fue apelado Mirta Mónica López, quien expresó agravios el 25/4/2021, y por los herederos del demandante, quienes hicieron lo propio el 23/4/2021. Estos últimos contestaron los agravios el 7/5/2021.

II.- Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal).

En otro orden de ideas, pongo de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el *sub lite* (y por ende, también la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil y el Código de Comercio derogados. Por consiguiente, la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación abrogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, *Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps*, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

Debe hacerse excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: *"Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión"* (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234).

Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 –último párrafo–, 1746 y concs. del Código Civil y Comercial son directamente aplicables al *sub lite*.

Más allá de esto, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, “C., J. M. c/ B., C. R. y otros s/ daños y perjuicios”; ídem, 30/3/2016, “F., C. E. c/ D. P., V. G. y otro s/ daños y perjuicios”, expte. n.° 11.725/2013; ídem 11/10/2016, “R., J. O. c/ A., A. B. y otro s/ nulidad de acto jurídico” y “A., A. B. y otro c/ R., J. O. s/ restitución de bienes”, exptes. n.° 47.289/2001 y 38.328/2003; CACyC Azul, sala II, 15/11/2016, “F., R. A. c/ F. M. y otra s/ desalojo”, LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, LL 16/11/2015, 3).

Por otra parte aclaro que, al cumplir los agravios de la demandada la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 265 del Código Procesal, en aras de la amplitud de la garantía de defensa en juicio, y conforme al criterio restrictivo que rige en esta materia (Gozaini, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426), no propiciaré la sanción de deserción que postulan los herederos del actor.

III.- Estas actuaciones fueron iniciadas por Jorge Ruscio contra Mirta Mónica López y Mariela Cecilia Stratico a fin de reclamarles ciertas sumas de dinero a causa del incumplimiento del contrato de locación celebrado oportunamente entre las partes. En

su escrito inicial, el actor adujo que, una vez vencido el contrato el 31/8/2015, la locadora Mirta Mónica López no desocupó el inmueble, lo que sucedió recién el 7/7/2016 con el lanzamiento ordenado judicialmente; que tanto ella como la fiadora, Mariela Cecilia Stratico, debían resarcirlo por el tiempo en el que el bien fue ocupado indebidamente, y por el daño moral y los gastos de cerrajero. Por otra parte, pidió que le fueran abonados los gastos de reparación del inmueble, ya que no había sido restituido en las condiciones pactadas (fs. 56/61).

Mirta Mónica López, al contestar el traslado, negó los hechos alegados en la demanda. En lo sustancial, sostuvo que, si bien en la cláusula décimo segunda se había pactado una típica cláusula penal, el actor omitió indicar los contratos que no pudo suscribir desde el vencimiento del convenio hasta el desalojo, y tampoco acreditó el tiempo real en que el inmueble permaneció desocupado como consecuencia de las alegadas reparaciones. Respecto de los arreglos, aseguró que la propiedad no le había sido entregada al inicio del contrato en las condiciones que pretendía el actor, que –por el contrario– se encontraba “pelada”, y que en ese contexto se hicieron mejoras, las que fueron removidas al retirarse del inmueble, pero sin afectar la estructura del bien (fs. 89/98).

A fs. 104 se declaró la rebeldía de la fiadora, Mariela Cecilia Stratico.

A fs. 330 se presentaron Dominga Sorbara, Alejandra Patricia Ruscio, Claudia Graciela Ruscio, Marcela Fabiana Ruscio, Liliana Cristina Ruscio y Pablo Adrián Ruscio, en su carácter de herederos de José Ruscio, quien falleció el 20/10/2019.

IV.- El magistrado de grado, después de analizar las constancias de la causa, concluyó, por un lado, que la demandada había incumplido su obligación de restituir el inmueble en la fecha pactada y, por el otro, que la constatación notarial realizada

en el inmueble luego de efectuado el lanzamiento permitía advertir la serie de daños y roturas que existían en el bien objeto de la locación. Teniendo en cuenta lo pactado por las partes en el contrato y la presunción prevista en el art. 1514 del Código Civil, y tras restar eficacia probatoria a las declaraciones de los testigos ofrecidos por la demandada, consideró que los desperfectos existentes en el inmueble no se encontraban presentes al momento de celebrarse el contrato, lo que lo condujo a admitir la demanda y a condenar a la demandada a abonar a la actora las sumas que correspondieran en razón del incumplimiento.

V.- En esta alzada, la demandada Mirta Mónica López considera que el magistrado ha ignorado el plexo probatorio incorporado a la causa y ha incurrido en arbitrariedades y contradicciones. En particular, se queja de la forma en que el juez de grado calculó la cláusula penal, de que se la haya condenado a abonar daños materiales cuando las reparaciones –según indica– fueron realizadas por un tercero comodatario del inmueble y, por lo tanto, entiende que no ha existido una merma en el patrimonio del actor, del rechazo de las impugnaciones formuladas a las pericias arquitectónica y de martillero, y de la tasa de interés y su cómputo.

Por su parte, los herederos del actor se agravian de que el sentenciante haya tomado como valor de la locación a la suma menor establecida en las tasaciones. Por otra parte, piden que se tenga en cuenta el tiempo durante el cual no se pudo disponer del bien, ya que no fue entregado en condiciones y requería reparaciones. Solicitan, asimismo, que se indemnicen los gastos de cerrajero que fueron reclamados, y el daño moral. Finalmente, objetan la tasa de interés.

VI.- En los puntos siguientes, trataré los agravios que han formulado las partes en esta alzada siguiendo el

orden en que han sido considerados los distintos ítems en la sentencia de primera instancia.

a) <u>Restitución tardía del inmueble</u>

Tal como destacó el magistrado de la anterior instancia, las partes pactaron que, si no se restituía el inmueble en la fecha pactada, el locatario debería abonar al locador una multa diaria del 10% del canon locativo vigente al momento de la entrega. Para determinar el valor del alquiler, el juez tomó en cuenta que el perito martillero lo estimó, para el período que va desde septiembre de 2015 hasta octubre de 2016, entre los $ 19.000 y los $ 20.000 mensuales. De ese modo, a pesar de entender que, en principio, debía establecerse el equivalente al 10% diario sobre un canon de $ 19.000 por el lapso que corrió entre el 1/9/2015 y el 5/7/2016 (fecha en la que efectivamente acaeció el lanzamiento), de acuerdo con lo solicitado en la demanda y el principio de congruencia, limitó el monto a abonar por este concepto a la suma de $ 193.100.

La demandada afirma, en su escrito de expresión de agravios, que el juez utilizó, para establecer el monto de la cláusula penal, un mecanismo distinto al previsto en el contrato. Considera que la decisión es arbitraria, ya que el canon locativo "vigente a la fecha de la entrega" era de $ 1.400. Destaca que en la sentencia se confunde la "fecha de la entrega" con "la fecha de la efectiva entrega", y que el error queda en evidencia por la necesidad de morigerar el resultado de aplicar una tasa del 10% diario sobre los $ 19.000.

Por su parte, los herederos del actor critican que se haya tomado como valor de la locación la suma menor establecida en las tasaciones.

Observo que la cláusula en cuestión dispone: "*Si el locatario no entregare el inmueble en la fecha pactada, deberá*

abonar a EL LOCADOR una multa diaria equivalente al 10% del canon locativo vigente al momento de la entrega” (sic).

Es sabido que la cláusula penal es la estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor debe satisfacer una cierta prestación si no cumple lo debido o lo cumple tardíamente. El instituto tiene una doble función: resarcitoria, en tanto importa una liquidación convencional, por anticipado, de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación causa al deudor; y compulsiva, en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena, que suele ser harto gravosa (vid. Llambías Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 417 y ss.).

En cuanto a las quejas de la locataria, lo primero que apuntaré es que no ha habido confusión alguna por parte del juez de la anterior instancia, quien ha interpretado adecuadamente la cláusula contractual en cuestión.

Al respecto, memoro que el intérprete debe partir de la letra del contrato (López de Zavalía, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte general*, Zavalía, Buenos Aires, 1984, p. 280). Las palabras utilizadas en la cláusula transcripta no dejan lugar a dudas: el canon sobre el que debía ser calculada la cláusula penal era el vigente al momento de *la entrega del inmueble*. Este último hecho tuvo lugar en un momento preciso en el tiempo, esto es, el día del lanzamiento y, por lo tanto, correspondía dilucidar cuál era el canon vigente a esa fecha. Es claro, entonces, que el principio de la buena fe, que debe regir la interpretación de los contratos (art. 1198 del Código Civil; Spota, A. G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 104), impone la solución que el magistrado de grado propició, que no es otra que la de determinar cuál era el valor del canon a esa fecha a través de la prueba pericial

pertinente. De otro modo, la cláusula se vería desnaturalizada, al computarse una suma que en modo alguno lograría satisfacer las finalidades –compulsiva y resarcitoria– perseguidas por las partes al incluir la aplicación de una cláusula penal a quien actuara ilícitamente.

Por lo demás, a pesar de lo que afirma la demandada, no es cierto que el juez haya efectuado morigeración alguna. La razón por la cual otorgó por este concepto una suma menor a la que el mero cálculo arrojaba consiste en el respeto del principio de congruencia. En esa línea, destaco que, en su demanda, el actor solicitó por la retención indebida del inmueble “el monto del alquiler” que se determinara pericialmente desde el 1/9/2015 hasta el 7/7/2016 (fs. 58) y que, al estimar la partida, consignó la suma de $ 264.000 –lo que aproximadamente equivalía a un canon mensual de $ 26.400– (fs. 66).

Ahora bien, asiste razón a los herederos del actor en tanto objetan que se haya tomado el valor menor establecido en la pericia de fs. 268. Entiendo que el importe vigente a los fines de efectuar el cálculo por este ítem es el de $ 19.500, precio medio entre los dos de referencia que ofreció el martillero. Es por ello que propondré que la suma sea elevada a la de $ 198.250, que resulta de computar aquel guarismo por el período que va desde el 1/9/2015 hasta el 5/7/2016 (fecha esta última de la entrega de la tenencia al actor, de acuerdo con el acta de fs. 77 de la causa n°. 66.767/2015 sobre desalojo).

No ignoro que la demandada ha criticado en esta alzada la eficacia probatoria de las pericias. Sin embargo, respecto del informe del martillero –y más allá de que comparto la valoración efectuada en la sentencia en crisis–, advierto que, si bien en la impugnación de fs. 283 aquella efectuó ciertas objeciones que

reitera en esta instancia, ni siquiera estimó una suma alternativa como valor del alquiler.

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo que, de ser compartido mi criterio, se eleve la suma debida por la restitución tardía del inmueble, pactada en la cláusula penal, a la de $ 198.250.

b) <u>Daños en el inmueble</u>

El sentenciante fijó por este concepto la suma de $ 432.520,31, en consonancia con el dictamen de la perita arquitecta. Por otra parte, consideró que no se encontraba acreditado el tiempo que demandarían esas reparaciones, razón por la que no asignó suma alguna por ese ítem.

La demandada se agravia de que se la haya condenado a abonar aquel monto, ya que las reparaciones, según indica, habrían sido realizadas por un tercero comodatario del inmueble y, por lo tanto, no habría existido una merma en el patrimonio del actor.

Observo que el argumento ahora ensayado no ha sido planteado oportunamente al juez de grado y, por ende, en atención a lo que dispone el art. 277 del Código Procesal, su tratamiento se encuentra vedado en esta instancia. Solo a mayor abundamiento, destaco que el pago del valor de las reparaciones no tiene una naturaleza resarcitoria, sino que se trata del equivalente dinerario de la prestación incumplida, consistente en restituir el inmueble en las condiciones pactadas (art. 505 inc. 3 del Código Civil). Por esa razón, el actor no debía probar daño alguno; le bastaba con acreditar el título de la obligación y alegar el incumplimiento, mientras que era el deudor quien debía probar el pago (arg. art. 894 del Código Civil y Comercial, aplicado como pauta interpretativa), cosa que no acaeció en la especie

Respecto de las impugnaciones formuladas a la pericia arquitectónica, destacaré que, si bien en esta alzada se han reiterado, la recurrente no se hace cargo de la valoración que efectuó el juez sobre la respuesta de la perita a aquellas observaciones. En ese sentido, el sentenciante, después de destacar que la experta había aclarado que los deterioros a los que aludía el acta notarial eran contestes con los del presupuesto aportado por la actora, y que los valores utilizados habían sido los de referencia (vid. fs. 275280), concluyó que el presupuesto no había sido arbitrario. Por tales razones, debe rechazarse la queja de la demandada.

Finalmente, piden los actores que se tenga en cuenta el tiempo durante el cual no se pudo disponer del bien porque tuvieron que efectuarse las reparaciones.

En la cláusula décimo segunda del contrato, se contempló: "*Si al entregar las llaves del inmueble locado se comprobara la existencia de desperfectos y/o deterioros en la propiedad, EL LOCATARIO quedará obligado a satisfacer el alquiler mensual por todo el tiempo que transcurra hasta tanto los desperfectos sean reparados*…".

Sobre este punto, advierto que la experta determinó que el tiempo estimado para la ejecución de los trabajos de reparación era de 25 días (fs. 280). Es por ello que deberá contemplarse, por este ítem resarcitorio, una suma de $ 16.250, lo que así propongo.

c) <u>Gastos de cerrajero</u>

Se agravian los herederos del actor de que se haya omitido en la sentencia el tratamiento de la pretensión para que se indemnicen los gastos de cerrajero.

Es cierto que en la demanda se solicitó por esta partida la suma de $ 800. Sin embargo, al tratarse de un gasto efectuado en el marco del juicio de desalojo (vid. el mandamiento de

lanzamiento de fs. 74/77 del expediente sobre desalojo n°. 66.767/2015), es claro que queda incluido dentro de las costas de aquel proceso, por lo que mal podría reclamarse en este ámbito.

Por esta razón, propongo el rechazo de la partida.

d) <u>Daño moral</u>

El juez de grado rechazó esta partida, al no haberse acompañado prueba sobre el punto.

Puede definirse al daño moral como: "*una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial*" (Pizarro, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba debe señalarse que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza del pretensor la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655).

En el caso, el acta notarial labrada el día del lanzamiento da cuenta no solo del estado de deterioro en que se encontraba el inmueble (lo que incluyó, además de las roturas generales y la falta de vidrios, basura, restos de instalaciones, publicidad, escombros y ladrillos rotos) sino también de varias

leyendas escritas en algunas paredes: “Tengo los vidrios”, “Vidrios completos (un teléfono) no te lo pierdas”, “x sorete”, “x puto”, “vendeta”, “sorete”, “viejo sorete”, “todo vuelve y se paga”, “x sorete no te olvides” (fs. 50/52 del expediente n°. 18.393/2016 sobre medidas precautorias).

Estas circunstancias me llevan al convencimiento de que debe otorgarse esta partida, ya que el tenor de las leyendas, y la presunción de que fueron dirigidas al actor, permiten tener por acreditado el daño moral.

En cuanto a su valuación, dispone el art. 1741 *in fine* del Código Civil y Comercial: *“El monto de la indemnización* ***debe*** *fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”*. Resalto deliberadamente el término “debe”, que señala muy claramente que no se trata de una simple opción para el magistrado, sino que existe un mandato legal expreso que lo obliga a evaluar el perjuicio moral mediante el método establecido por la ley (vid. Picasso-Sáenz, *Tratado...*, cit., t. I, p. 481; Márquez, José F., “El daño moral contractual: interpretación, facultades de los jueces y prueba”, RCyS 2020-VII, 63).

Se trata de la consagración legislativa de la conocida doctrina de los “placeres compensatorios”, según la cual, cuando se pretende la indemnización del daño moral, lo que se pretende no es hacer ingresar en el patrimonio del damnificado una cantidad equivalente al valor del daño sufrido sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen o compensan lo perdido. La suma de dinero entregada como indemnización debe ser suficiente para lograr esos goces (Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. V, p. 226; Iribarne, Héctor P., “La cuantificación del daño moral”, *Revista de Derecho de Daños*, n.° 6, p. 235).

De este modo, el Código Civil y Comercial adopta el criterio que ya había hecho suyo la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo, en efecto, ese alto tribunal: *"Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (…). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida"* (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral debe "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

Así las cosas, a la luz de las pautas esbozadas en las líneas precedentes, deben ponderarse las molestias y angustias que el actor debe haber sufrido tanto por haber encontrado

su inmueble deteriorado como a causa de de las agresiones incorporadas en las leyendas antes mencionadas.

Así las cosas, por aplicación del criterio legal, mociono otorgar por este concepto la suma de $ 200.000, que corresponde aproximadamente al valor de un viaje a una provincia del norte argentino por dos semanas con media pensión (art. 165 del Código Procesal), y que considero suficiente para procurar al demandante (ya fallecido) satisfacciones que compensen los disgustos que padeció.

VII.- Respecto de los intereses, el juez de grado estableció la aplicación de la tasa activa prevista en el plenario "Samudio", desde la fecha en la que debería haberse restituido el inmueble, de acuerdo con lo estipulado en el contrato. La demandada objeta la tasa de interés y la fecha desde la cual el magistrado consideró que debía computarse. Por su parte, la actora sostiene que debería haberse establecido la tasa pactada por las partes en la cláusula cuarta del contrato de locación, y no la tasa activa.

La cuestión de la tasa de interés ha sido resuelta por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios", del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: "*2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4)La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido*".

No soslayo que la interpretación del mencionado fallo plenario, y particularmente de la excepción

contenida en la última parte del texto transcripto, ha suscitado criterios encontrados. Por mi parte, estimo que una correcta apreciación de la cuestión requiere de algunas precisiones.

Ante todo, el propio plenario menciona que lo que está fijando es “la tasa de interés moratorio”, con lo cual resulta claro que –como por otra parte también lo dice el plenario– el punto de partida para su aplicación debe ser el momento de la mora. Ahora bien, es moneda corriente la afirmación según la cual la mora (en la obligación de pagar la indemnización, se entiende) se produce desde el momento en que se sufre cada perjuicio objeto de reparación. Por lo demás, así lo establece ahora –para cualquier situación, ya sea contractual (u obligacional) o extracontractual- el art. 1747 del Código Civil y Comercial, aplicable como pauta interpretativa del Código Civil derogado.

Así sentado el principio general, corresponde ahora analizar si en el *sub lite* se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa “*en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido*".

En ese derrotero, la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: “*La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento*

indebido pesan sobre el deudor que las alegue" (Pizarro, Ramón D., "Un fallo plenario sensato y realista", en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55).

Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre excolega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 –mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561– impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado jurista: "*La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales –como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria*", pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re "Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros", ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros).

Pero más allá de ello, lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada –a valores reales– respecto de la que habría

abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

Por las razones expuestas no encuentro que se configure, en la especie, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido de la actora.

Estas razones me conducen a aplicar la tasa activa desde el momento del hecho, tal como lo hizo el juez de grado.

La decisión que postulo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. “c”, del Código Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor, en ausencia de acuerdo de partes o de leyes especiales, la tasa del interés moratorio se determina “*según las reglamentaciones del Banco Central*”. Es que, como se ha señalado, el Banco Central fija diferentes tasas, tanto activas como pasivas, razón por la cual quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda (Compagnucci de Caso, Rubén H., comentario al art. 768 en Rivera, Julio C. – Medina, Graciela (dirs.) – Espert, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 97). Asimismo, y en referencia a la tasa activa fijada por el plenario “Samudio”, se ha decidido: “*con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la que aquí se dispone, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado*” (esta

cámara, Sala B, 9/11/2015, “Cisterna, Mónica Cristina c/ Lara, Raúl Alberto s/ Daños y perjuicios”, LL Online, AR/JUR/61311/2015).

Adicionalmente, apunto que –como se ha dicho con acierto–, más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil), los argumentos recién expuestos permiten trasladar las conclusiones de aquella exégesis a la que corresponde asignar a las normas actuales, máxime si se repara en que las tasas del Banco Nación deben suponerse acordes a la reglamentación del Banco Central (esta cámara, Sala I, 3/11/2015, “M., G. L. y otro c. A., C. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS 2016-III, 124).

No modifica lo expuesto lo esbozado por los herederos del actor en esta alzada, en el sentido de que el juez debería haber fijado los intereses de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato. Es que dicha estipulación prevé una cláusla penal para el caso del incumplimiento de una de las prestaciones principales, como lo es la pagar el alquiler dentro de las fechas convenidas. Por el contrario, las sumas debidas al actor tienen otra naturaleza: se trata del equivalente dinerario de la prestación incumplida de restituir el inmue ble en las condiciones pactadas, y de los daños y perjuicios generados por el cumplimiento tardío de la obligación de restituir el inmueble. Por ese motivo, no resulta aplicable lo pactado en aquella disposición contractual.

Por todo lo que llevo dicho, mociono que sea confirmada la decisión del magistrado de grado en torno a los intereses.

VIII.- En atención a lo que he propuesto en los considerandos precedentes, estimo que las costas generadas en esta instancia deben ser soportadas por las demandadas, en los términos de los arts. 68 del Código Procesal.

IX.- En síntesis, para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo desestimar el recurso de la demandada y hacer lugar parcialmente al de los herederos del actor, y en consecuencia: 1) modificar la sentencia en el sentido de: a) elevar la suma por la "restitución tardía del inmueble" a la de $ 214.500, y b) fijar el importe de $ 200.000 en concepto de "daño moral"; 2) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a las demandadas.

A LA MISMA CUESTION, EL DR. LI ROSI DIJO:

I.- La evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo con el art. 1083 del derogado Código Civil –noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial–. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico (conf. CNCiv., Sala F, en autos "Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otro s/ daños y perjuicios", voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros" del 12/04/2011, Fallos: 334:376).-

Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma

pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge “Equitativa valuación del daño no mensurable”, publicado en “Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial”, dirigido por Félix A. Trigo Represas, T° III, pág. 689).-

II.- Con esta aclaración, adhiero al muy fundado voto del Dr. Picasso.

El Dr. Calvo Costa adhiere al voto del Dr. Picasso, por los fundamentos allí expuestos.

Por lo que terminó el acto.-

SEBASTIÁN PICASSO

3

RICARDO LI ROSI

1

CARLOS A. CALVO COSTA

2

Buenos Aires, 23 de septiembre de 2021.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que ilustra el acta que antecede, del que dan cuenta sus considerandos y aclaraciones, **SE RESUELVE:** 1) modificar la sentencia en el sentido

de: a) elevar la suma por la “restitución tardía del inmueble” a la de $ 214.500, y b) fijar el importe de $ 200.000 en concepto de “daño moral”; 2) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a las demandadas.

Los honorarios serán regulados cuando se haga propio en la instancia de grado.

Notifíquese a los interesados en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N. y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuelvanse. **SEBASTIÁN PICASSO – RICARDO LI ROSI – CARLOS A. CALVO COSTA**