

ESCRIBANO. DERECHOS Y OBLIGACIONES. RESPONSABILIDAD. FONDO FIDUCIARIO DE GARANTÍA. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN. OBLIGACIÓN CONCURRENTE. BENEFICIO DE EXCUSIÓN. EMBARGO PREVENTIVO. EXTREMOS A ACREDITAR PARA SU PROCEDENCIA*

HECHOS:

Un escribano es demandado a restituir un dinero que le fue entregado con motivo de una operación inmobiliaria, responsabilidad esta que también asumió en un convenio posterior donde el actor reajustó la pretensión y fijó plazo de pago. Es citado como tercero el “Fondo Fiduciario de Garantía”, quien se opone al embargo ejecutivo trabado en su contra. La Cámara modifica la orden de embargo dispuesto.

cribanos de registro creado por la ley 12990 reformada por la ley 22171 (Adla, VII, 302; XI-A, 65), reviste la condición de obligado concurrente con el escribano demandado frente a un mismo acreedor y por idéntico objeto –en el caso, restitución de dinero de una operación inmobiliaria–, ya que la garantía nacida de la ley se traduce en un deber de garantía frente al incumplimiento del deudor principal.

- 2) *Previo a dirigir la ejecución contra el Fondo Fiduciario de escribanos de registro –ley 12990 reformada por la ley 22171 (Adla, VII, 302; XI-A, 65)–, debe el*

DOCTRINA:

- 1) *El Fondo Fiduciario de Garantía constituido por el aporte de los es-*

*Publicado en *La Ley* del 27/09/2002, fallo 104.467.

acreedor demostrar no sólo que demandó al escribano interviniente en la operación inmobiliaria cuestionada en su carácter de deudor principal, sino que intentó infructuosamente la ejecución y venta judicial de sus bienes o, en su caso la inexistencia de bienes registrables inscriptos a nombre de aquél.

- 3) *Corresponde transformar el embargo ejecutivo ordenado contra el deudor subsidiario –“Fondo Fiduciario de Garantía”– en embargo*

preventivo, si no existe prueba suficiente de haber intentado el ejecutante ante el incumplimiento de la obligación principal por parte del escribano otras medidas de compulsión respecto de otros tipos de bienes aún no excutidos en el proceso, tales como muebles registrables y no registrables.

Cámara Nacional Civil, Sala A, septiembre 12 de 2002. Autos: “Sadi, Blanca E. c. G., J. E.”

2ª Instancia. – Buenos Aires, septiembre 12 de 2002.

Considerando: I. A nivel nacional, el art. 15 de la ley 12990, reformado por la ley 22171 art. 1º, dispone la creación de un fondo de garantía constituido por el aporte de los escribanos de registro, titulares, adscriptos e interinos, que responderá por las obligaciones de los escribanos en forma “subsidiaria” y “después de haberse hecho excusión de los bienes del deudor principal”, entre otros casos, por los daños y perjuicios causados con motivo de actos realizados en ejercicio de la función notarial, “siempre que existiere sentencia firme condenatoria y que el organismo administrador del fondo de garantía haya sido citado como tercero”, autorizando a dicho organismo a transigir (inc. a).

En la Ciudad de Buenos Aires rige la ley 404, cuyo art. 158 impone al “Fondo Fiduciario de Garantía” la responsabilidad por las obligaciones de los escribanos en forma “subsidiaria”, “después de haberse hecho excusión de los bienes del deudor principal”, entre otros casos, por los daños y perjuicios causados con motivo de actos realizados en el ejercicio de la función notarial, “siempre que existiere sentencia firme condenatoria” y dicho organismo “hubiere sido citado como tercero”, con autorización expresa para transigir. Los recursos interpuestos contra los pronunciamientos dictados a fs. 240 y 257/8 involucran tres cuestiones, que cabe analizar a la luz de los citados preceptos, a saber: a) La naturaleza de la obligación del “Fondo Fiduciario de Garantía”; b) Los alcances de su responsabilidad en el presente proceso; c) Los efectos que corresponde reconocer al acuerdo del cual da cuenta el acta de fs. 240.

Contrariamente a lo sostenido por el quejoso, dicho organismo reviste la condición de obligado “concurrente”, frente a un mismo acreedor, por idéntico objeto, con fundamento en una causa diferente. El demandado –en el caso, escribano G.– se halla obligado a restituir un dinero que le fue entregado por las actoras, con motivo de una operación inmobiliaria, responsabilidad esta que también asumió en aquel comparendo, en el cual la actora reajustó numéricamente su pretensión y se fijaron plazos para el pago. El “Fondo Fiduciario”, en cambio, se encuentra obligado por una causa distinta, nacida –como se ha

visto— de la ley, que se traduce en un deber de garantía, nacido del incumplimiento del deudor principal, debidamente notificado del auto homologatorio —v. fs. 212— (conf. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, t. II-A, págs. 589/90, § 1287). Por tanto, en principio, no obstaría a la procedencia del reclamo formulado en su contra la circunstancia de que no se haya obligado en forma expresa en el referido convenio de fs. 204.

De todos modos, la mentada subsidiariedad, en efecto, obliga a excutir los bienes de éste último y recién agotado dicho reclamo, agredir el patrimonio de garantía, conforme surge del mismo ordenamiento legal.

II. En autos, el “Fondo Fiduciario de Garantía” fue citado como tercero y en el mismo carácter compareció a la audiencia transaccional de fs. 204, por lo que mal puede resistir el embargo dispuesto a fs. 240, en el entendimiento que dicha conciliación no le es oponible.

Con las salvedades que luego se verán, reviste la condición de legitimado pasivo, en su condición de deudor subsidiario, cualidad esta que no se extingue por efecto del acuerdo arribado entre acreedor y deudor, desde que, como surge de dicha estipulación, la deuda principal no se ha extinguido, sino que sólo se reajustó su monto y se fijaron cuotas para su cancelación.

En tales condiciones, bien que el acuerdo homologado puso fin al pleito, en los términos del art. 308 del Cód. Procesal y es actualmente ejecutable (conf. 162, 500, inc. 1º y conchs. del Cód. Procesal), esta circunstancia no involucra la extinción de la obligación que, a estar a las constancias de autos, continúa insoluta.

Es sabido, por lo demás, que las alteraciones pactadas por las partes que no atañen a lo principal del objeto debido y sólo se refieren al “tiempo, lugar o modo de cumplimiento” (art. 812, Cód. Civil) no configuran novación. Sólo constituyen modificaciones accidentales, por lo que la primitiva obligación continúa subsistente, aunque modificada en sus aspectos secundarios, de modo que la exigibilidad del crédito permanece intacta (conf. Llambías, op. cit., loc. cit., págs. 46, t. III, § 1783), en la medida en que, como en la especie, no se haya probado su cancelación u otro medio de cumplimiento.

Es claro que la transacción es un modo extintivo de las obligaciones —conf. art. 850 del Cód. Civil—, el cual se extiende a los accesorios y garantías de la obligación renunciada (conf. art. 852 Cód. cit.), en tanto y en cuanto haya existido tal abdicación de derechos.

Empero, en el caso, la acreedora no resignó su reclamo, sino que ha concedido un plazo para la cancelación del crédito y sólo con ese alcance cuadra interpretar los efectos del acuerdo que, reiteramos, se limitó a poner fin al proceso, sin alterar la plena exigibilidad de la acreencia.

En tales condiciones, no cabe duda de que la conciliación alcanza al tercero citado, que compareció en tal carácter, pues, aunque no asumió expresamente la deuda, tal como se ha visto, se encuentra legalmente obligado a responder, en forma subsidiaria, frente a la mora del deudor principal.

III. Sentado lo anterior, cuadra, empero, efectuar algunas correcciones a los decisorios de grado.

Conforme se ha visto, ante el incumplimiento del escribano G., previo a dirigir la ejecución contra el “Fondo Fiduciario de Garantía”, era preciso demostrar la insolvencia del primero, mediante el previo trámite de excusión.

Ahora bien, la mentada defensa importa, de parte del fondo de garantía, la pretensión de que sean ejecutados todos los bienes del deudor principal –regla esta que, si bien ha sido prevista para el contrato de fianza (art. 2012, Cód. Civil), a nuestro juicio merece ser aplicada analógicamente al caso. En tales términos, opuesta la defensa, incumbe al acreedor la carga de probar no sólo que demandó al deudor principal–, lo cual se habría cumplido, a tenor de la cédula de fs. 259/260, sino que también intentó, infructuosamente, la ejecución y venta judicial de sus bienes o, en su caso, la inexistencia de bienes registrables inscriptos a nombre de aquél (conf. Palacio, Lino E. - Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal...*, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1993, t. 7º, págs. 381, § 357.11.3.1, con cita jurisprudencial).

Por consiguiente, a esos efectos, bien que la denuncia e informe de fs. 213/239 sirvieron para demostrar que buena parte del patrimonio del demandado se encuentra comprometida y afectada a otros créditos, lo cual prima facie otorga suficiente verosimilitud al derecho invocado por la accionante frente a la citada entidad, ésta sólo debe limitarse a la facultad de obtener un embargo de naturaleza preventiva –cautela esta que, en rigor de verdad, ya ha sido prestada, conforme se desprende de fs. 259/260–. Mas no legitima al acreedor para impulsar la ejecución del convenio contra la deudora subsidiaria pues, dado el monto del reclamo –\$ 5850–, por el momento, no existe en autos prueba suficiente de haber intentado otras medidas de compulsión respecto de otro tipo de bienes aún no excutidos –tales como muebles registrables y no registrables–.

Por tanto, con el alcance indicado, corresponde revocar parcialmente la providencia de fs. 240, en cuanto impulsa la ejecución contra el “Fondo Fiduciario de Garantía” –1º párr.– y corresponde, por tanto, transformar el embargo ejecutivo –ordenado en los términos de los arts. 500 y 502 del rito– en embargo preventivo, en el marco de lo normado por los arts. 209 y cons. del citado ordenamiento, el que corresponde tener por debidamente integrado con el depósito dado en caución a fs. 259/60.

IV. Toca ahora analizar la nulidad y defensas de inhabilidad y falsedad de título, planteadas a fs. 245/8, desestimadas a fs. 157/8 (v. punto II de su parte dispositiva).

La primera cuestión ha perdido actualidad, a tenor de las conclusiones arribadas en los considerandos precedentes, pues, como es obvio, la revocatoria del pronunciamiento de fs. 240 torna abstracta cualquier discusión acerca de la ejecución dirigida, en el actual estado de autos, contra el “Fondo Fiduciario de Garantía”.

En orden a las segundas, corresponde diferir su consideración para el momento en que, conforme se ha visto, sea agotada la ejecución contra el deudor

principal y excutidos todos sus bienes, por lo que no cabe adelantar juicio alguno en torno a la procedencia del reclamo contra la citada entidad fiduciaria.

Con tales alcances, procede revocar el pronunciamiento de fs. 257/8.

V. En orden a las costas causídicas, dado el vencimiento parcial y mutuo que merecieron las respectivas pretensiones de las partes, en ambos recursos, se distribuirán en el orden causado, con arreglo a lo dispuesto por el art. 68, 2do. párrafo, del Cód. Procesal. Máxime teniendo en cuenta que las defensas opuestas por el “Fondo Fiduciario de Garantía” han sido diferidas para la oportunidad procesal idónea, de suerte que, en rigor, no media en el caso derrota objetiva que autorice a imponer dicha carga a su contraria, en su totalidad.

En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, se resuelve: I. Revocar parcialmente la providencia de fs. 240, en su primer párrafo, modificando, además, la orden de embargo allí dispuesto que quedará encuadrado en lo normado por los arts. 209 y conchs. del Cód. Procesal. Las costas se distribuyen en el orden causado. II. Revocar parcialmente el pronunciamiento de fs. 257/8, en cuanto desestima la nulidad y excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación interpuestas a fs. 245/8. En consecuencia, respecto de la pretendida nulidad, estése a lo decidido en el punto I del presente y, en cuanto a los restantes planteos, difiérese su consideración para la oportunidad procesal idónea. Las costas se distribuyen en el orden causado. Devuélvase, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo, en forma conjunta. — *Ana M. Luaces.* — *Hugo Molteni.* — *Jorge Escuti Pizarro.*