CNCiv., Sala C, 26/11/2009. - Made De Santin, ­Aída c. M., H. O. s/daños y perjuicios - resp. prof. escribanos

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los veintiséis días del mes de noviembre de dos mil nueve, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala C de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en los autos: “Made de Santin, Aída c/ M., H. O. s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Escribanos”, respecto de la sentencia corriente a fs. 1076/1094 y su ampliación de fs. 1106, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, la votación se efectuó en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara, Dres. Cortelezzi, Álvarez Juliá y Díaz Solimine.

Sobre la cuestión propuesta la Dra. *Cortelezzi* dijo:

I. La sentencia de fs. 1076/1094, ampliada a fs. 1106 en lo que hace a la tasa de interés a aplicar al capital de condena, acogió la demanda promovida y condenó a H. O. M. y a la empresa “La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.” –esta última en los límites del aseguramiento– a pagar a Aída Made de Santin la suma de pesos ciento veintiséis mil sesenta y ocho con sesenta y cuatro centavos ($ 126.068,64), con más sus intereses y costas.

El fallo fue apelado por todos los intervinientes en ­autos.

La parte actora expresó agravios a fs. 1156/1160, el que fue contestado por el accionado a fs. 1185/1192 y por la citada en garantía a fs. 1194/1195. Sus quejas se centran en los montos fijados para indemnizar los daños material y moral, como así también en la tasa de interés que debe aplicarse al capital de condena.

El escribano demandado fundó su recurso a fs. 1133/ 1152, los cuales fueron contestados por la accionante a fs. 1167/1173. Se agravia del acogimiento de la demanda y solicita se revoque la sentencia con expresa imposición de costas a la actora. Sostiene que el decisorio en crisis es autocontradictorio y se queja por la calificación que el *a quo* le ha dado a la obligación asumida en el caso, porque consideró que el cumplimiento de la misma ha sido tardío, porque prescindió de modo arbitrario de prueba decisiva para resolver la causa y porque no se negó la posibilidad de invocar el caso fortuito. Por último, critica la procedencia del daño moral.

A su vez, la compañía aseguradora lo hizo a fs. 1127/1132. Se agravia del rechazo de la defensa de no seguro opuesta y la consiguiente extensión de la condena a su parte. También se queja de la tasa de interés fijada. Su traslado fue contestado por el demandado a fs. 1177/1184.

El Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contestó a fs. 1175/1176 los traslados conferidos con relación a las tres expresiones de agravios antes identificadas.

Por razones estrictamente metodológicas abordaré en primer término los agravios del escribano accionado, para luego, de ser necesario, tratar las restantes quejas.

II. Sobre la responsabilidad del escribano

a) El caso de autos.

El 5 de abril de 1994 el hoy demandado, Escribano H. O. M. autorizó la escritura de compraventa número noventa y siete pasada por ante el Registro n° 1132 de su titularidad, mediante la cual María Nelly Vilas o Vilas Díaz Colodrero o Vilas de Guglialmelli vendió a la aquí actora Aída Made de Santón [*sic*] el departamento sito en esta ciudad, con frente a la calle Fray Justo Santa María de Oro ..., ... y ..., identificado como unidad tres del segundo piso y sus complementarias veintidós y doce, conforme con las medidas que surgen de la copia certificada que obra a fs. 5/8.

La venta se realizó por u$s 250.000 que fueron abonados en ese acto y se hizo constar lo siguiente: “b) El inmueble total se encuentra asegurado contra incendios y *no se adeuda suma alguna por expensas comunes, salvo las que informa el administrador del Consorcio, con fecha 15 de marzo de 1994, cuyo contenido la compradora declara conocer en todos sus términos, por haber recibido una copia del mismo, relevando al Autorizante de toda responsabilidad al respecto*” (la cursiva me pertenece).

La carta del 15 de marzo de 1994 es remitida al Escribano, frente a su pedido de deudas por expensas y seguro del edificio, y tras dejar constancia de la existencia del juicio “Consorcio Oro ... c/Vialas Díaz de Guaglialmelli [*sic*] s/Cobro de expensas”, en el que ya existía sentencia de primera instancia que condenaba a la vendedora al pago de las cuotas correspondientes al período julio de 1985 y octubre de 1988, inclusive, con más actualización, intereses y costas y que se encontraba en grado de apelación, expresaba, en la parte que nos interesa: *“El consorcio deja constancia que hace expresa reserva de percibir de quien adquiera la unidad la deuda antes referenciada que se transmitirá al adquirente en los términos del art. 17 de la ley 13.512 con más los intereses que se devenguen al momento del efectivo pago solicitándole expresamente imponga a quien adquiere la unidad de lo aquí informado”.* Refiere el importe de una deuda más reciente que fuera abonada de modo contemporáneo al acto escriturario conforme carta del 5 de abril de 1994, acompañando el hoy demandado el cheque pertinente, así como la voluntad de seguir percibiendo las expensas futuras sin que ello se interprete como una condonación de la deuda anterior y concluye informando sobre la existencia de otro juicio entre las mismas partes donde la vendedora ha asumido el carácter de actora con relación a un pedido de rendición de cuentas. La nota y la carta del Escribano se encuentran, respectivamente, en copias certificadas remitidas por el Archivo de Actuaciones Notariales, agregadas a fs. 226 y 227 del expediente caratulado “Cons. de Prop. S. de Oro ... c/Made de Santin, Aída y otro s/Ejecución de Expensas-Ejecutivo”, que tramitara por ante el Juzgado del Fuero n° 61 bajo el n° 92.038/2000.

Hay otras constancias instrumentales que trascribiré cuando lo juzgue conveniente por razones de claridad, pero ahora resumiré, sucintamente, la sucesión posterior de los hechos: la sentencia de segunda instancia confirma, con fecha 21 de octubre de 1994, el pronunciamiento de la instancia de grado (fs. 486/487).

El Consorcio practica una segunda liquidación el 12 de octubre de 1995 de cuyo traslado se notifica de modo espontáneo la vendedora el seis de noviembre de 1995 (fs. 502). El 1° de noviembre pide fotocopias de todo el expediente y el día antes constituye un nuevo domicilio que no dura más de una semana, porque en el escrito de fs. 502 vuelve a constituir otro y luego se suceden una serie de presentaciones de profesionales de la misma, dando cuenta que han sido desinteresados. Aunque hoy a fs. 1203 vta. de nuestros autos luce el escrito presentado por el Escribano en la quiebra en el que menciona acompañar una nota de la fallida del 9 de noviembre de 1995 que aquí no se ha agregado, ignorándose por tanto su contenido, el 14 de noviembre de 1994, sin notificación judicial previa, lo hace en el juicio ejecutivo para comunicar que la demandada en esos autos –que no son sino los mencionados en la nota de la Administración, llevan el n° 67.982/87 y tramitaron también por ante el mismo Juzgado, ambos agregados ­como prueba y que en este acto tengo a la vista–, “de acuerdo a lo convenido entre las partes”, según así lo expresa, “dejó en depósito en (su) Escribanía, una suma de dinero para ser depositado en estos autos una vez determinado y consentido el monto de la deuda”. Agregó boleta por $ 51.089,30 depositada en esa fecha en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales.

El 17 de noviembre de ese año, presenta el hoy demandado un nuevo escrito en ese expediente en el que denuncia, conforme copia del Boletín Oficial que agrega, que a la vendedora se le ha decretado la quiebra, la que tramita por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial n° 13, Secretaría n° 26. Surge de la copia del edicto, que ello ocurrió el 5 de octubre de 1995 (fs. 513).

Consecuencia de tal denuncia, es la inhibitoria del juez de este fuero de seguir interviniendo en el proceso, la remisión a la justicia comercial, el depósito posterior del remanente en poder del Escribano ante esa Justicia y la rendición de cuentas de la inversión del dinero que había afirmado que la vendedora había dejado en su escribanía en depósito. Ello surge del expediente civil y de la documentación que hoy corre a fs. 1220/1221, fs. 1227/1241 y fs. 1200/1204, entre otras.

Del expediente civil seguido contra Vila Díaz de Guaglialmelli [*sic*], surge que varios meses después todavía no había sido transferido a la quiebra el dinero depositado en noviembre de 1995. Ello ocurre en abril de 1998.

En el año 2000 el Consorcio inicia contra Made de Santin un nuevo juicio ejecutivo, en el que reclama el importe aprobado en el anterior, con más los intereses corridos desde entonces y las costas. La accionada opone excepción de prescripción, pago y cosa juzgada, todas ellas rechazadas. Se manda seguir adelante la ejecución, ­sentencia de primera instancia que es confirmada por esta Cámara, desestimándose el recurso extraordinario el 31/5/2004 (fs. 327). Ya casi concluyendo los trámites para proceder al remate del bien, la ejecutada denuncia la apertura de su concurso preventivo (fs. 395) y el 30 de octubre de 2006 el Consorcio, a través de su apoderada hace saber a fs. 483 que ha sido desinteresado por haber abonado la totalidad de lo adeudado la firma Secon S.A., a quien se le ha otorgado recibo por separado, que no fuera agregado a los autos.

Este proceso es iniciado por la compradora por entender que el Escribano ha actuado sin la debida diligencia, produciéndole con su desacertado actuar daños materiales y morales.

La sentencia acoge la demanda parcialmente, desobliga al Colegio Público de Escribanos, y condena al Escribano y a su aseguradora al pago de la suma que en ella determina, con más los intereses calculados al 9% anual y las costas del proceso. El apoderado del Colegio se presenta para poner de manifiesto que la sentencia no ha sido apelada respecto a su representada, por lo que, siendo exacto, y ciñéndome al principio de congruencia, ninguna consideración y mucho menos decisión corresponde realice al respecto.

Por razones estrictamente metodológicas, comenzaré por los agravios del demandado, pues es quien solicita la revocación del fallo por entender que no hay conducta que puede serle reprochada, mientras que la actora se limita a cuestionar los montos y la aseguradora, el haberse excedido el juez de grado en la aplicación de una interpretación estricta de los términos del seguro favoreciendo al asegurado, sin advertir que el riesgo se encuentra excluido y que el escribano conocía la existencia de un posible reclamo al momento de adherir al contrato, ocultando la denuncia de los hechos pertinentes.

b) El agravio del accionado.

Confusa, de difícil lectura, contradictoria y por tanto arbitraria, así es calificada la sentencia de grado por este demandado quien sostiene que la ausencia de una clara distinción entre obligaciones de medio y de resultado, han llevado al Sr. Juez “*a quo*” a responsabilizarlo pero, al mismo tiempo, a liberar al respectivo Colegio Público de Escribanos de esta Ciudad Autónoma. Pide, en definitiva, la revocación de la misma, y, de ser el caso, el rechazo de las partidas solicitadas en carácter de daños y perjuicios, poniendo además el acento en las diversas afirmaciones realizadas por la demandante que, a su entender, hacen plenamente aplicable al caso la doctrina de los actos propios.

No puedo dejar de coincidir que, en su afán de claridad, la sentencia es de difícil lectura pero ello no implica, sin más, que asista razón al accionado, pues, aunque reiterativo, se distingue en el fallo en crisis la actividad que el mismo cumpliera de oficial con funciones públicas en el otorgamiento de las escritura que pasara ante su protocolo, de las realizadas con relación a la retención y posterior depósito de la suma adeudada en concepto de expensas comunes, que quedan al margen de dicha función pero encuadradas, por norma general, también en el ámbito contractual.

El otro aspecto del agravio referido al encuadre del colega de grado se refiere a un tema con diversas aristas y más de una interpretación. No entraré, por tanto, en la muchas veces útil pero no pocas también engañosa distinción que sistematizara Henri Demogue y dentro de la cual se suelen etiquetar como “obligaciones de medio” las cumplidas por los profesionales en general. Porque aunque estoy convencida que sí hay varias obligaciones que puede prometer un profesional que son de resultado, no es menos cierto que las consideraciones en torno a la diligencia atemperan la diferencia aunque aquélla se presenta con un matiz más complejo en las llamadas obligaciones de medio, donde también existe un “resultado”, al que tiende el interés del acreedor. Es cierto que el mismo presenta una cierta aleatoriedad, que condiciona el interés del acreedor al límite que significa la diligencia del deudor, en cuya apreciación deberá conjugarse la normativa que surge de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil.

No ignoro que, por ejemplo, Boragina y Mesa sostienen que aquellas prestaciones que tomadas aisladamente constituyen obligaciones de resultado no son sino actos que integran la prestación primaria comprometida sin estar dotados de un objeto distinto, como ocurren, tratándose de las tareas de los abogados, con las diferentes actuaciones cumplidas dentro de un proceso. Pero ello, a mi entender, no hace sino poner el acento en la dificultad de la distinción, pues, en definitiva “en todas las obligaciones asumen relevancia tanto el resultado práctico a lograr como el empeño o esfuerzo (y también la pericia) que el deudor debe poner para obtenerlo” (ver Mayo, Jorge Alberto, “Causística de la responsabilidad del abogado...”, Boragina, Juan Carlos y Meza, Jorge Alfredo, “Naturaleza de la relación entre abogado y cliente”, ambos en Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los profesionales del Derecho, págs. 120 y 136, respectivamente y Bueres, Alberto J., “La apreciación de la culpa en la responsabilidad profesional”, en ídem, Daños Profesionales, pág. 275).

En similar sentido se ha decidido que: “La conducta debida de las partes no se agota en el cumplimiento estricto de las prestaciones de fuente contractual o de los deberes legales; también del contrato derivan deberes secundarios de conducta, tales como los de actuar de buena fe, con la cooperación y diligencias debidas, que no apuntan tanto al ámbito del contenido de la obligación y del objeto de la prestación cuanto a la forma, modo o cualidad de mejor cooperación o facilitación para que se actúe como lo entendieron las partes y lo condicionan las exigencias actuales del tráfico dominados por el principio de buena fe” (conf. CNCiv., Sala G, “Migale, Eduardo C. c/ Lafuente, Liliana”, del 26/2/87, en Rev. del Notariado n° 812, pág. 200).

Aunque me inclino por la posición, que, como lo hace el primer sentenciante, considera que el notario, titular o adscripto a un registro, es un profesional del Derecho que cumple una función pública, no me detendré en las diversas teorías existentes respecto a la naturaleza jurídica de la función notarial, sino que recordaré un precedente de esta Sala en la que el Dr. Jorge H. Alterini, vigente la ley 12.990, con su habitual claridad y solvencia, expresara: “Más allá de la letra del art. 10 de la ley 12.990, el escribano de registro no es propiamente un funcionario público, pero la importante misión a él encomendada, desborda los marcos de una ubicación excluyente como profesional del Derecho y en esa medida las concepciones intermedias captan, con mayor adecuación a la realidad. Las características de sus funciones”, agregando luego: “La caracterización, en lo básico, del escribano de registro como profesional del Derecho, conduce naturalmente a la fundamentación contractualista de la responsabilidad del escribano con su cliente. No es posible plantear únicamente el tema dentro de la responsabilidad extracontractual y es poco compatible con la unidad de actuación del escribano dibujar una nítida línea separativa entre su misión como fedatario o como simple contratante” (esta Sala, “Quiroga, Remedios c/Viales, Victoriano”, del 5/11/76, también en E.D. 71-399).

De ahí que el encuadre contractual de las dos fases en que se desarrolla la tarea de los notarios, profesionalista y funcional –la que no son inescindibles– sea, en principio, correcto, sin interesar cuál de las partes lo ha propuesto porque éstos, más que clientes, son “requirentes” de la labor del notario, y éste debe obrar con imparcialidad, de modo que su asistencia permita que el acuerdo entre aquéllos se perfeccione en un plano de equidad (conf. Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de Obligaciones, LEP, T° V, p. 543 y sus notas y Alterini, Atilio A., Estudio de Títulos, LL, 1981-B-803).

Así, habitualmente se considera que al notario le incumben tres obligaciones básicas: a) asesoramiento, b) redacción y dación de fe y c) gestión y tramitación del documento. La primera asegura el consejo más acertado y objetivo, el más adecuado para que los requirentes logren que el negocio jurídico surta los efectos por ellos buscados y la diligencia extrema para asegurar tal resultado, que luego se plasmará en la redacción del instrumento conforme con las mejores reglas del arte o de la técnica y, por último, la actividad postdocumental relativa al acto autorizado, sin dejar fuera las obligaciones que establecen las leyes impositivas nacionales, provinciales y municipales (conf. Radkievich, Rubén, Naturaleza Jurídica de la Función Notarial, E, Responsabilidad de los Profesionales del Derecho, 2005-1, pág. 203 y ssgtes.)

Hasta aquí si se quiere la actividad funcional del notario que tiende a un resultado esperado por las partes y que se concreta a través de una escritura pública. Pero como lo recuerdan Trigo Represas y Mesa –Tratado de la Responsabilidad Civil, LL-II, pág. 635– el formalismo-desconfianza que impera en el derecho moderno y del que hablaba Planiol, ha hecho que la intervención de los notarios en el tráfico se haya incrementado enormemente y también, como consecuencia, la cantidad y calidad de daños que pueden derivarse de una inadecuada e incorrecta intervención del escribano.

Ocurre que los mismos ejercen una función más que delicada y son para la mayoría de la gente, el consejero insustituible, a punto tal, que es común que las personas tengan “escribanos de confianza” y no gocen de igual prestigio otros profesionales del Derecho. Y es tal rol de depositarios de la confianza pública, que a la par que enaltece la profesión, les exige una diligencia mayor en orden a conocer las consecuencias posibles de los hechos, debiendo obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, debiendo dar acabado cumplimiento a sus deberes funcionales, “entre los cuales se encuentran el de asesorar a sus clientes ampliamente y de forma tal que otorgue actos que sean susceptibles de generar efectividad y firmeza, dejando claramente establecidas las obligaciones de las partes que concurren al otorgamiento escriturario” (conf. CCCom. de Quilmes, “Fortunelli, Darío Roberto c/Alfonso, Adalberto s/Daños y Perjuicio”, del 9/10/2001).

En el caso *sub examen*, esa no ha sido la conducta del escribano M. Me resulta difícil admitir, dado su preparación y la consecuente inferioridad de la actora, que no era la primera vez que le confiaba tareas vinculadas con su actividad profesional, que la misma no hubiera suscripto los términos de la escritura sino en base a la confianza que el mismo le dispensaba y en el convencimiento que ello permitía concluir con seguridad el negocio jurídico.

Y aun cuando es cierto que la actividad del notario no lo obliga a retener y depositar el importe de las expensas comunes –a diferencia de los impuestos pues su falta de cumplimiento lo hace solidariamente responsable por la omisión de ingresar el importe adeudado– M. lo hizo con parte de ellas y puso en conocimiento de la compradora la información del administrador del Consorcio. ¿Podía Made respecto a quien no se ha invocado experiencia inmobiliaria ni conocimiento de derecho más allá de la presunción que consagra el Código Civil y que cada día resulta de más difícil cumplimiento aun para los que nos hemos dedicado a esta rama del saber, sospechar siquiera, habiendo sido debidamente asesorada, que podía verse obligada a abonar la totalidad de las expensas de un juicio anterior, cuyo monto distaba de ser insignificante? ¿Cómo podía siquiera avizorarlo si recibía una carta de la vendedora que le hacía saber que el Escribano le había retenido más de ochenta mil dólares estadounidenses y se hacía cargo de cualquier otra diferencia? Véase sino fojas 2222.

En el peor de los casos para ella hubo un consentimiento tácito con la retención pero no puede seguirse de ello que prestó conformidad alguna para que la suma “retenida” fuera invertida y depositada en el expediente ejecutivo en un momento muy posterior donde las consecuencias podían ser gravísimas, ignoradas por una persona común pero no para un profesional del derecho obligado a asumir la máxima diligencia en la tarea que le fuera encomendada. No es forzado, por lo demás, interpretar, que la primera obligación, al recibir de la vendedora en calidad de retención la suma de dólares estadounidenses 83.000 en billetes, lo era “para abonar por su cuenta y orden, y dentro del plazo que fije la sentencia firme, lo que resulte en el juicio por expensas comunes...”, que ello debió haber ocurrido tras el fallo de la Excma. Cámara, porque las pautas establecidas en la instancia anterior eran claras en orden a la liquidación del crédito que se tornaba así en fácilmente liquidable sin que hubiera excusa para demorar el depósito del “importe que (el Juez) mande pagar a la Sra. Guglialmelli” (fs. 1225), porque ello no quedó sujeto a la condición suspensiva de una liquidación aprobada y firme.

La teoría de los actos propios que se invoca para negar cualquier derecho a indemnización se basa en el conocimiento de las instrucciones dadas al escribano que parece desprenderse de la oposición de excepciones cuando fuera demandada por el Consorcio para que afrontara el saldo insoluto dejado por la vendedora. Pero que lo conociera en ese momento y más allá de los no siempre afortunados términos utilizados, no significa que lo fuera desde el comienzo de la operatoria, hecho fundante de la defensa del Escribano que no fuera acreditado. Aparece, más bien, como producto de la necesidad de defenderse frente a la pretensión de la ejecutante de cobrar la totalidad de lo adeudado por la insolvencia de la primitiva deudora.

Principio general del derecho o regla jurídica, con indudable influencia en su formulación del brocardo *“venire contra facttum proprium nulli conceditur”,* la teoría de los actos propios sanciona como inadmisible la conducta contradictoria interpretada objetivamente. Y aunque por tanto vinculada con la buena fe lealtad u objetiva, no se desentiende sin más de la subjetiva, porque no sólo se confía en que una declaración produzca sus efectos propios, sino que además “existe una creencia o confianza en el primer acto que ha efectuado la otra persona que luego ha sido contradicho por el segundo acto o acto posterior”, como lo expresa Alejandro Borda (La teoría de los actos propios, LexisNexis, pág. 63), quien, además, se refiere a los tres requisitos que requiere la aplicación de la teoría: a) una conducta anterior relevante y eficaz. Y al explicarlo e insistir en que debe tratarse de una conducta relevante, pone el acento en que “deberá valorarse la particular situación en que pueda encontrarse el sujeto emisor de la conducta, como por ejemplo, las presiones cumplimiento aun para los que nos hemos dedicado a esta rama del saber, sospechar siquiera, habiendo sido debidamente asesorada, que podía verse obligada a abonar la totalidad de las expensas de un juicio anterior, cuyo monto distaba de ser insignificante? ¿Cómo podía siquiera avizorarlo si recibía una carta de la vendedora que le hacía saber que el Escribano le había retenido más de ochenta mil dólares estadounidenses y se hacía cargo de cualquier otra diferencia? Véase sino fojas 2222.

En el peor de los casos para ella hubo un consentimiento tácito con la retención pero no puede seguirse de ello que prestó conformidad alguna para que la suma “retenida” fuera invertida y depositada en el expediente ejecutivo en un momento muy posterior donde las consecuencias podían ser gravísimas, ignoradas por una persona común pero no para un profesional del derecho obligado a asumir la máxima diligencia en la tarea que le fuera encomendada. No es forzado, por lo demás, interpretar, que la primera obligación, al recibir de la vendedora en calidad de retención la suma de dólares estadounidenses 83.000 en billetes, lo era “para abonar por su cuenta y orden, y dentro del plazo que fije la sentencia firme, lo que resulte en el juicio por expensas comunes...”, que ello debió haber ocurrido tras el fallo de la Excma. Cámara, porque las pautas establecidas en la instancia anterior eran claras en orden a la liquidación del crédito que se tornaba así en fácilmente liquidable sin que hubiera excusa para demorar el depósito del “importe que (el Juez) mande pagar a la Sra. Guglialmelli” (fs. 1225), porque ello no quedó sujeto a la condición suspensiva de una liquidación aprobada y firme.

La teoría de los actos propios que se invoca para negar cualquier derecho a indemnización se basa en el conocimiento de las instrucciones dadas al escribano que parece desprenderse de la oposición de excepciones cuando fuera demandada por el Consorcio para que afrontara el saldo insoluto dejado por la vendedora. Pero que lo conociera en ese momento y más allá de los no siempre afortunados términos utilizados, no significa que lo fuera desde el comienzo de la operatoria, hecho fundante de la defensa del Escribano que no fuera acreditado. Aparece, más bien, como producto de la necesidad de defenderse frente a la pretensión de la ejecutante de cobrar la totalidad de lo adeudado por la insolvencia de la primitiva deudora.

Principio general del derecho o regla jurídica, con indudable influencia en su formulación del brocardo *“venire contra facttum proprium nulli conceditur”,* la teoría de los actos propios sanciona como inadmisible la conducta contradictoria interpretada objetivamente. Y aunque por tanto vinculada con la buena fe lealtad u objetiva, no se desentiende sin más de la subjetiva, porque no sólo se confía en que una declaración produzca sus efectos propios, sino que además “existe una creencia o confianza en el primer acto que ha efectuado la otra persona que luego ha sido contradicho por el segundo acto o acto posterior”, como lo expresa Alejandro Borda (La teoría de los actos propios, LexisNexis, pág. 63), quien, además, se refiere a los tres requisitos que requiere la aplicación de la teoría: a) una conducta anterior relevante y eficaz. Y al explicarlo e insistir en que debe tratarse de una conducta relevante, pone el acento en que “deberá valorarse la particular situación en que pueda encontrarse el sujeto emisor de la conducta, como por ejemplo, las presiones Se vinculan con los montos de la condena y la forma de computar los intereses.

a) El daño material.

Ni en los largos cinco cuerpos de este expediente ni en las dos causas sobre ejecución de expensas ni mucho menos en el beneficio de litigar sin gastos, he encontrado el recibo por el cual la actora hubiera acreditado haber abonado las sumas reclamadas en el expediente que le iniciara el Consorcio y en el que fuera derrotada.

Antes bien, de sus constancias –ver, en especial, fs. 483 del ejecutivo contra ella seguido, contestación del Consorcio de fs. 832 vta. y declaración testimonial de la abogada del mismo que obra a fs. 928/930, estas dos últimas, de nuestros autos– no quedan dudas que el pago fue hecho por un tercero que se subrogó no en los derechos de la actora sino en los del Consorcio. En eso consiste el pago por subrogación, figura de compleja estructura, que encierra un pago por un lado pero que, por lo demás, deja subsistente la obligación aunque con un nuevo acreedor –si el pago es total– o con el agregado de otro, si el pago es parcial y el primitivo y quien paga por otro siguen siendo titulares, por distintas porciones, del crédito originario.

Advierto así que la actora, quien tampoco podía pagar dado su estado falencial no se encuentra legitimada para reclamar el daño material en tanto no es la persona a la que la ley habilita para contradecir en este proceso con relación al rubro en cuestión.

Que las partes que participan en el juicio sean los autorizados por el derecho de fondo para peticionar o contradecir, es una condición esencial de la acción que debe ser verificada de oficio aun mediando conformidad de partes, por tratarse de un defecto sustancial de la pretensión. Es resorte y función, entonces, del juez, en la oportunidad de dictar sentencia, constatar tal identidad pues la calidad de titular del derecho del actor o la calidad de obligado del demandado es requisito necesario del fallo (conf. CNCiv., Sala H, 31/08/1999, “Pagannini Rubens, R. c/ Empresa Gral. José de San Martín S.A. s/ daños y perjuicios”; íd, esta Sala, R. 472.492, del 28/12/2006). Tan sustancial es la ausencia de este requisito que ella queda al margen de la ausencia de agravio al respecto.

Propondré, en consecuencia, al Acuerdo, que se desestime el rubro por ausencia de legitimación activa porque si bien es cierto que la actora puede ser perseguida por quien realizara el pago, ello no ha ocurrido hasta la actualidad y el daño se presenta así como eventual, y, por tanto no indemnizable. Ello sin perjuicio que quien hubiera realizado el desembolso, si se cree con derecho, demande a quien considere responsable.

b) El daño moral.

La redacción del art. 522 del Código Civil no lo ha convertido en una graciosa concesión de los jueces. Se ha sido más exigente en tanto depende de las circunstancias del caso y de la índole del incumplimiento pero dados tales extremos, su procedencia no se discute.

He expresado antes de ahora que el daño moral importa una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel (en) que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. Así surge de la recomendación que Mosset Iturraspe, Stiglitz, Pizarro y Zavala de González, entre otros, hicieran en las II Jornadas de San Juan (1984). Se libera así su concepto del precio del dolor y se lo vincula con toda afección de orden espiritual sufrida por el damnificado.

De ahí la dificultad de traducir en una cifra el importe de este daño pues no se trata de otorgar una suma que pueda convertirse en un enriquecimiento ilícito para el afectado, pero tampoco en una nimiedad que impida paliar las consecuencias extrapatrimoniales que, en el caso, el incumplimiento le ha acarreado.

La Sra. Made instaló su hogar en el departamento que adquirió. Años después le es reclamada una deuda de entonces más de cincuenta mil dólares y acrecidos. Frente a la imposibilidad de abonar esa suma y próxima a la subasta de su propiedad, entra en estado de falencia. Surge del beneficio de litigar sin gastos que si bien el departamento es amplio, cómodo y con excelente ubicación, no se han denunciado otros bienes, sumándose a ello la calidad de pensionada.

Tal vez para los que hemos hecho del derecho nuestro modo de vida, un juicio no altera en demasía nuestra vida. Siquiera en teoría porque sería insincero expresar que nos resulta indiferente que nuestro nombre aparezca en la carátula. Entonces es posible imaginar la desazón de quien se ve envuelta ya no en uno sino en dos juicios uno de los cuales implica desapoderamiento e imposibilidad de disponer aun del departamento abonando la deuda, exponiéndola al trance de perder su vivienda aun en la actualidad porque, como lo he expresado, ella no ha acreditado haber satisfecho la deuda. De ahí que esta alteración de la persona y de su paz y seguridad deba ser resarcida, resultando a mi entender escasa la suma que el primer sentenciante fijara en ocho mil pesos, proponiendo que la misma sea elevada a pesos veinte mil ($ 20.000).

c) Tasa de interés.

En cuanto a los intereses, el agravio se limita a solicitar se aplique la tasa activa durante todo el período que los mismos deben computarse mientras que la citada en garantía pide un interés del 4% anual. El juez ha fijado en un 9% anual la tasa a aplicar, entendiendo que la pretendida por la actora importaría una modificación del capital de condena. Ello hasta el dictado de la sentencia y a partir de allí la activa que recoge la ahora doctrina plenaria.

Coincido con su apreciación. Es cierto que la doctrina sentada por esta Excma. Cámara en el plenario del 20 de abril ppdo. recaída *in re* “Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta S.A. s/Daños y Perjuicios”, obliga a aplicar, conforme su punto III, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Sin embargo, la convocatoria incluyó un cuarto punto referido al tiempo en que dicha tasa debía aplicarse, lo que deja al descubierto que, a pesar de la amplia mayoría con que contara la mentada tasa activa –luego de fracasar la moción sustentada, entre otros, por los tres integrantes de esta Sala, en el sentido de dejar libertad a los jueces para establecerla en cada caso particular– había una opinión generalizada de adecuar la aplicación de dicho rédito atendiendo a diversas circunstancias como pueden serlo la forma de establecer el monto de la condena, las indemnizaciones u otras obligaciones a las que pudiera aplicársele, la necesidad de acortar el tiempo de los procesos, etc., considerando así diversas tasas según el período en el que debía enjugarse el daño moratorio.

Es que lo decidido en el cuarto punto no implica, *per se,* que hasta el efectivo cumplimiento deba aplicarse la votada tasa activa, sino que será así siempre que no se altere el contenido económico de la sentencia, importando un desplazamiento injustificado de bienes del patrimonio del deudor al del acreedor.

Es que la imposibilidad de hecho de fijar valores históricos con relación a indemnizaciones por incapacidad o daño moral, entre otros rubros, dada la cambiante realidad que ha caracterizado a la zigzagueante y poco ortodoxa economía de nuestro país, junto con la conmoción producida internacionalmente, ha llevado en la especie a esta Sala, como al Sr. Juez de grado, a establecer a la fecha de su pronunciamiento el valor del daño moral. De ahí que atendiendo a los valores considerados en este fallo propondré al Acuerdo, para mantener incólume el capital de condena y no sin dejar de advertir que aun la tasa pasiva incluye un porcentaje para hacer frente al envilecimiento del signo monetario, computar los intereses a la tasa pasiva establecida en la sentencia de grado desde la mora hasta la fecha de la decisión de esta Alzada, y desde entonces y hasta el efectivo pago que hagan los deudores, a la tasa activa que hoy resulta obligatoria en los términos del art. 303 del C.P.C.C.

En tal sentido, propondré al Acuerdo, se recepten parcialmente los agravios de la actora en el entendimiento que la tasa pasiva supera el 9% anual y se desestimen, en consecuencia, los de la citada en garantía.

IV. Los agravios de la aseguradora

Se vinculan con la interpretación restrictiva de las cláusulas del seguro que hace el “*a quo*” a favor del asegurado, quien, conforme con el agraviado, habría omitido poner el reclamo en conocimiento de la citada al momento de adherir a esta forma de contratación que no es sino la conocida como “claims made”; con la errada interpretación que, a su entender, se ha hecho con relación a un daño que la póliza excluyó y, finalmente, con la tasa de interés aplicable, respecto a la cual ya me he expedido Aunque la “expresión de agravios” abunda en conceptos ya vertidos con anterioridad y en citas doctrinarias y jurisprudenciales que podrían propiciar la declaración de su deserción, máxime cuando más que la crítica concreta y fundada que exige el Código Procesal es mayormente reemplazada por disidencias con la interpretación del magistrado de la anterior instancia, en tanto comparto que deben tratarse las quejas que reúnan siquiera de modo mínimo los recaudos procesales porque ello entronca con el derecho de defensa de raigambre constitucional, daré respuesta a las quejas esbozadas.

Aunque la cuestión versaba sobre la validez de este tipo de cláusulas y se refería a un supuesto que amparaba profesionales de la salud, mi distinguido colega Dr. Díaz Solimine al votar en primer término en autos “Barral de Keller Sarmiento, Graciela c/Guevara, Juan Antonio y otros s/Daños y Perjuicios” (R. Libre n° 343.779 del 2/5/2006) ha vertido conceptos que resultan igualmente aplicables al caso en examen y que han sido producto de un profundo y meditado estudio, no sólo en cuanto a su aplicación en nuestro país sino también en la legislación comparada. Distinguió, en primer término que se trata de una “forma de contratación” y no un “tipo de seguro”, para luego expresar: “En tal sentido, considero que conforme el art. 153, se trata de un seguro a favor de tercero, ya que los integrantes del grupo o sus beneficiarios “tienen un derecho propio contra el asegurador desde que ocurre el evento previsto”, hallándonos en el supuesto del art. 504 del Código Civil. Así, el beneficio no se adquiere definitivamente sino por el acaecimiento del siniestro previsto (Halperín, Isaac, “Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418”, Buenos Aires, Depalma, 1970, No. 38, pág. 75). En razón de ello es evidente que el derecho a observar la cláusula *“claims made”* nació (...) una vez anoticiado de la existencia de la demanda en su contra y no dentro del perentorio plazo del art. 12 de la ley 17.418...”.

Expresó igualmente que: “Dentro del ‘Seguro de Responsabilidad Profesional’ existen en nuestro país dos sistemas de cobertura: el de ‘ocurrencia’ y el de ‘reclamo’ o también denominado *‘claims made’*. En el sistema de ‘ocurrencia’ se brinda cobertura al hecho médico –se trataba, en el caso, como ya lo expresara, de un profesional de la salud– que originó el daño ocurrido durante el período de vigencia de la póliza, aunque el reclamo se formule fuera del mismo. De este modo, el hecho generador debe producirse dentro del período de vigencia con independencia del momento en que se formule el reclamo. En el sistema de ‘reclamo’ o ‘claims made’ –basado en la ‘teoría de la reclamación’– se da cobertura al hecho médico operado durante el período de vigencia de la póliza, cuyo reclamo también se produzca durante igual período o durante su prórroga. Así, tanto el hecho generador como el reclamo deben ocurrir durante dicho período. **El requisito central es la ‘reclamación formulada y notificada’**, de modo que tanto la ocurrencia del siniestro como **el reclamo deben formularse durante la vigencia de la póliza o alguna de sus renovaciones”**.

“A través de la inclusión de esta última cláusula se pretende limitar temporalmente la cobertura que brinda el seguro de responsabilidad civil de los profesionales (cfr. Ghersi, Carlos A. [Director] en “Responsabilidad Profesional”, To. I, “Principios Generales”, Capítulo I, “Los Profesionales y la Posmodernidad”, Buenos Astrea, 1995, parágrafo 5, página 14), y tiene lugar frente a los denominados ‘siniestros tardíos’, los cuales llevaron a los aseguradores y reaseguradores a crear e impulsar la cláusula ‘claims made’. Hechos ocurridos en una época pueden llegar a tener reclamos judiciales posteriores que en casos como la “mala praxis médica” alcanzarían los 10 años si se tiene en cuenta el plazo de prescripción, obligando a las empresas de seguros a previsionar fondos por eventuales reclamos que, en términos financieros, resulta inconcebible”.

Luego de referenciar antecedentes extranjeros no necesariamente favorables a este tipo de cláusulas, concluyó en que “ello permite observar la factibilidad de incluir la cláusula ‘claims made’ con matices que no deben jugar en contra del asegurado. La realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la ‘autonomía de la voluntad’; pero existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídica del contrato. Y en el caso, tales límites provienen de la propia Ley de Seguros, pero también de la Ley de Defensa del Consumidor”.

Ello brinda respuesta a la disconformidad que expresa la citada en garantía: el Sr. Juez de grado ha dado prioridad a la interpretación estricta porque ello es el resultado no de meras generalizaciones sino de una adecuada protección del sujeto que adhiere a una propuesta sin otra posibilidad que la dejar de ser parte de la contratación. Respecto de la exclusión que contiene la póliza suscripta en el año 2004 importa tan grave modificación a la número 10 que no se satisface el deber de información con la mera referencia de su aceptación si, difiriendo de la propuesta, el tomador no expresa su disconformidad dentro del plazo de treinta días. El deber de información, que ilustra la defensa del consumidor y la inaplicabilidad del art. 12 de la ley de seguros a este tipo de contrataciones de tipo colectivo, dan por tierra con el argumento del agraviado, pues ello desnaturaliza lisa y llanamente el contrato de que se trata.

La declinación del seguro se basó en que al momento de incorporarse al mismo, el Escribano M. omitió toda mención del “reclamo” que, según lo interpreta la aseguradora, ya se había producido. Advierto que, contrariamente a lo sostenido por el Escribano al responder el traslado de las defensas opuestas por la aseguradora, el demandado no cumplió dentro de quinto día del “reclamo” con el aviso que le exigen las condiciones generales y particulares de la póliza y las propias obligaciones hechas conocer por el Colegio de Escribanos. Ello, en tanto entiendo que “reclamo” lo ha sido la citación a la audiencia de mediación, siendo las dos primeras privadas y realizadas en el mes de junio de 2003. Las que él refiere, son otras, ahora públicas, convocadas para agosto de ese año. Pero la defensa de la aseguradora no se basa en ese incumplimiento sino en la ausencia de denuncia de un reclamo del que pudiera derivarse su responsabilidad al momento de adherir al sistema. Y no es tal, el intercambio epistolar habido con la actora en la anterior década porque no se advierte una pretensión concreta que pueda comprometerlo patrimonialmente sino las habituales frases referidas a reserva de derechos, que se concretarían ocho años después, tiempo más que suficiente para suponer que aquella reserva no pasó de una fórmula habitual pero inconsistente.

Los agravios deben desestimarse.

Por lo que si mi voto es compartido, propongo rechazar las quejas de la demandada, modificar la sentencia en cuanto ha acogido el rubro referido al reembolso de las sumas por las que fuera condena la actora en el juicio ejecutivo por entender que la misma no se encuentra legitimada, elevar a pesos veinte mil ($ 20.000) el importe del daño moral, modificar la tasa de interés que correrá hasta esta sentencia y que será la pasiva promedio conforme se indica en los considerandos y desestimar las quejas de la aseguradora, confirmado el fallo en crisis en todo lo demás que decide, con costas en esta instancia a cargo de los vencidos con excepción de la referida a la ausencia de legitimación que ha sido decretada de oficio (art. 68 del CPCC).

Por razones análogas, los Dres. *Álvarez Juliá* y *Díaz Solimine* adhirieron al voto que antecede.

Y *Vistos*:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se rechazan los agravios de la demandada; se modifica la sentencia en cuanto ha acogido el rubro referido al reembolso de las sumas por las que fuera condena la actora en el juicio ejecutivo; se eleva a pesos veinte mil ($ 20.000) el importe correspondiente al daño moral; se modifica la tasa de interés disponiéndose que los mismos correrán hasta esta sentencia y que será la pasiva promedio conforme se indica en los considerandos; se desestiman las quejas de la compañía aseguradora; y se confirma el fallo en crisis en todo lo demás que decide.

Las costas de esta instancia se imponen a cargo de los apelantes vencidos con excepción de la referida a la ausencia de legitimación que ha sido decretada de oficio (art. 68 del C.P.C.C.).

Regulados que sean los honorarios en la instancia de grado se regularan los correspondientes a la actuación ante esta Alzada.

Regístrese y notifíquese. Cumplido ello, devuélvanse las presentes actuaciones a su Juzgado de origen. – *Beatriz L. Cortelezzi. – Luis Álvarez Julia. – Omar L. Díaz Solimine*.