

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M

10 de junio de 2011

Franchi, Ana M. c. Banco Hipotecario Nacional y otros/daños y perjuicios

**TEXTO COMPLETO:**

2ª Instancia.— Buenos Aires, junio 10 de 2011.

El doctor Posse Saguier dijo:

I. La sentencia de primera instancia desestimó la falta de legitimación pasiva y prescripción deducida por el Banco Hipotecario S.A. e hizo lugar a la demanda, condenándolo a pagar a Ana María Franchi la suma de \$ 25.000, con más sus intereses y costas. Asimismo, acogió la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por el escribano J. M. B. y, consecuentemente, rechazó la demanda entablada en su contra, con costas a cargo de la parte actora.

En el caso Ana María Franchi promovió demanda contra el Banco Hipotecario S.A. y contra el escribano J. M. A. B. por los daños y perjuicios que padeció como consecuencia del extravío del título original de su propiedad, responsabilidad que reprochó a los accionados.

Contra esa decisión se alzarón la parte actora y el co-demandado Banco Hipotecario S.A., fundando sus recursos con los escritos de fs. 279/281 y 283/288, respectivamente, éste último resistido por la accionante a fs. 292/293.

II. Corresponde examinar en primer término, por razones metodológicas, la cuestión articulada por el co-demandado Banco Hipotecario en cuanto a la desestimación de la demanda en virtud de la improponibilidad de la acción.

En este aspecto corresponde decir que la improponibilidad planteada no tiene asidero alguno toda vez que la reclamación de daños y perjuicios supone una relación jurídica que el juez debe analizar.

Bajo este lineamiento, la solución no puede ser otra que dar curso a la misma y desestimar la queja sobre el particular.

III. El agravio de la parte actora se centra en una crítica a las razones que expuso el fallo apelado para aceptar la excepción de falta de legitimación pasiva que el co-demandado B. opuso al contestar demanda ya que sostiene que el profesional tuvo íntima relación, desde el inicio, en el registro de toda la operatoria crediticia.

Por su parte, Banco Hipotecario S.A., y en referencia a la excepción de falta de legitimación pasiva por él opuesta, expresa que el contrato de depósito del título de propiedad del inmueble gravado con derecho real de hipoteca fue celebrado por la actora con el Banco Provencor S.A., quien debía conservarlo hasta la cancelación de la hipoteca. El Banco Hipotecario S.A. —dice— no fue parte del referido contrato de depósito ni recibió el título razón por la cual resulta improcedente demandarlo. Indica que la transferencia efectuada por el Banco Provencor S.A. por escritura pública n° 40 del 19 de febrero de 1996 lo fue sólo respecto del crédito de la Sra. Franchi por lo que se estaba frente a una cesión, que tiene por efecto producir la subrogación activa del cesionario respecto de los derechos que le correspondían al cedente contra el deudor cedido. Indica que tal cesión involucró exclusivamente la transmisión del lado activo de la relación jurídica obligacional mas no obligaciones para con el cesionario, resultando diferente a la transmisión de un contrato que implica la sustitución del contratante por un tercero que se coloca en la misma situación jurídica del transmitente.

Refiere que el a quo, al citar el art. 1434 del Código Civil, confunde el título de propiedad extraviado con el del crédito cedido al tratarse de dos actos jurídicos distintos e instrumentados por escrituras públicas distintas.

Expresa el quejoso que el Banco Hipotecario S.A. intervino en la búsqueda del título de propiedad como apoderado del First Trust of New York N.A., entidad a la que, por escritura pública n° 40 del 19 de febrero de 1996, había transferido fiduciariamente el crédito. Indica que existiendo un crédito hipotecario, la obtención de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble gravado, debía contar con la conformidad del acreedor hipotecario.

Por último cuestiona que la sentencia expresara que todas las entidades intervinientes en la cadena de transmisiones y cesiones habían formado parte de la misma operatoria financiera y generado una relación contractual con la actora. Refiere que tal premisa tiene origen en el error inicial de haber considerado que en la primera cesión se hubiera entregado el título de propiedad confundiéndolo con el título del

crédito.

IV. La comprensión de los agravios que se acaban de reseñar exige recordar los siguientes aspectos fácticos:

Mediante escritura pública n° 2607 del 16 de diciembre de 1994, pasada ante la escribana María Rosa Cohen (ver copia de fs. 30/46), Ana María Franchi y Jorge Horacio Ruiz y Fernando Halac, estos últimos como mandatarios del Banco Provencor S.A. (Banco Minorista) y del Banco Hipotecario Nacional (Banco Mayorista), suscribieron un mutuo por u\$s 25.000, que fue garantizado con la constitución de una hipoteca sobre el inmueble ubicado en la calle México 2756 de esta ciudad, a favor de las entidades bancarias. Los fondos aplicados en el marco de la operatoria "Línea de Accesos Inmediatos" correspondieron u\$s 12.500 al Banco Hipotecario Nacional y u\$s 12.500 al Banco Provencor S.A., quedando expresamente pactada y establecida en la hipoteca la solidaridad activa entre los bancos acreedores, facultándose a los mismos en forma recíproca a cobrar y percibir la totalidad de la deuda y/o proceder a su ejecución total en caso de incumplimiento. Asimismo, se convino que el Banco Provencor S.A., sin intervención de la parte deudora podría solicitar en su oportunidad, la reinscripción de la hipoteca y conservaría en su poder el título de propiedad del inmueble hipotecado, hasta la cancelación de la hipoteca, comprometiéndose la parte deudora a no requerir la expedición de un segundo testimonio.

Por lo aludido en la demanda por la actora, lo reconocido por el co-demandado Banco Hipotecario a fs. 49 y lo que resulta de la copia de fs. 4vta./5, por escritura pública n° 40 de fecha 19 de febrero de 1996, pasada por ante el escribano demandado J. M. A. B., el Banco Hipotecario Nacional por transferencia que le efectuó el Banco Provencor S.A. quedó como único acreedor hipotecario de aquel contrato y en el mismo acto, como fiduciante, transfirió a favor del First Trust of New York, National Association, conforme a la ley 24.441, el dominio fiduciario del crédito hipotecario relacionado.

Finalmente, mediante escritura pública n° 284 del 9 de agosto de 2001, pasada también ante el escribano demandado J. M. A. B. (ver copia de fs. 4/6), los representantes del Banco Hipotecario S.A. —continuador por transformación del Banco Hipotecario Nacional—, en nombre y representación del First Trust of New York, National Association, habiendo abonado la parte deudora la totalidad de las

cuotas, otorgaron suficiente recibo y carta de pago a favor de la actora, declarando cancelada la hipoteca, solicitando su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble quedando totalmente extinguida la anotación fiduciaria Ley 24.441.

V. La lectura de lo transcrito precedentemente evidencia que acierta el a quo al no endilgar responsabilidad alguna sobre el co-demandado J. M. A. B. por cuanto su actuación profesional comenzó en el año 1996 y se limitó en autorizar la escritura por la transferencia de la totalidad del crédito hipotecario al Banco Hipotecario Nacional y, en el mismo acto, de éste como fiduciante al First Trust of New York N.A., y la escritura de cancelación de la hipoteca, y gestionó la obtención del segundo testimonio.

Entonces, teniendo en cuenta que la participación de B. fue posterior a la celebración del mutuo que diera origen a la cadena crediticia y que el fundamento del presente reclamo de daños y perjuicios radica puntualmente en el extravío del título de propiedad que el escribano demandado nunca tuvo a la vista, ello sella la suerte de la queja de la actora, compartiendo lo resuelto en la instancia anterior.

VI. En cuanto a la queja desarrollada por el Banco Hipotecario S.A., lo transcrito también evidencia que desde el inicio de la operatoria crediticia, el recurrente fue constituido —junto con el Banco Provencor S.A.— acreedor original del mutuo con garantía hipotecaria por lo que, en ese carácter y en forma indistinta, debía custodiar el título.

Máxime cuando con posterioridad se hizo de la totalidad del crédito hipotecario al serle transferida la participación del banco minorista.

Por esa razón resultó procedente rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva pues una decisión contraria hubiera constituido un exceso ritual incompatible con el debido proceso adjetivo, dado que su personería como acreedor hipotecario original quedó también patentada a instancias de la posterior transmisión del crédito en fideicomiso al First Trust of New York N.A., sobre quien conservó los poderes de administración, conforme surge de la cancelación de hipoteca que da cuenta la copia de fs. 4/6.

Por tanto, habiendo acordado expresamente el recurrente como acreedor

solidario e indistinto del mutuo originariamente celebrado con la actora, facultándose a cobrar y percibir la totalidad de la deuda y/o proceder a su ejecución total en caso de incumplimiento (cláusula séptima de fs. 34/35) —principal motivo por el cual el acreedor hipotecario retiene el título— desconocer ahora su legitimación para ser demandado sería contradictorio, además de denotar ausencia de interés jurídico en su planteo (conf. Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, Provincia de Mendoza, "Banco Hipotecario S.A. c/Juan Carlos A. Giusiano", del 22/09/2008, cita La Ley online AR/JUR/9781/2008).

En consecuencia, la sentencia en cuanto rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por el co-demandado Banco Hipotecario S.A. debe ser confirmada y, por tanto, desestimada la queja interpuesta.

VII. El co-demandado Banco Hipotecario S.A. atacó también el reconocimiento de una indemnización por daño moral, debiendo ser su admisión, en su caso, más restrictiva en el campo contractual.

En lo que respecta al daño moral, en materia de responsabilidad contractual, de acuerdo con el art. 522 del Código Civil, el juez está facultado para condenar al responsable a su reparación, de conformidad con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso.

En el ámbito contractual, no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del hecho, sino un verdadero agravio.

Por ello, siendo excepcional, corresponde al actor la prueba de que verdaderamente hubo daño moral (Conf. Borda, Guillermo, "La Reforma del Código Civil-Responsabilidad Contractual", ED, 29-763); en otras palabras, es necesaria la acreditación de la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o de la tranquilidad anímica, que no puede confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y de los negocios (conf. Huberman, Carlos, "El daño moral en la responsabilidad contractual", LA LEY, 149-522).

En la especie, no es dudoso concluir que el incumplimiento contractual en que incurrió el co-demandado —configurado en la falta de conservación del título de propiedad de la actora— produjo un detrimento espiritual evidente (conf. CNCivil, Sala

C, 31/8/99, el Dial - AA21C).

En efecto, el perito psicólogo señala que la incertidumbre vivida por la actora ante la postergación de la escrituración de su propiedad durante un lapso prolongado de tiempo, le generó un cuadro psicopatológico depresivo, cargado de ansiedad y angustia (fs. 183).

Ahora bien, no es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de las molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por el afectado. Sólo él puede saber cuánto sufrió, pues están en juego sus vivencias personales. Para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", pág. 187).

Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño (conf. Fischer, Hans A., "Los daños civiles y su reparación", pág. 228).

Por otra parte, la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquélla (arts. 163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y concs., Código Procesal Civil y Comercial; arts. 1078, 1083 y concs. Código Civil) (conf. CNCiv., Sala G, "Planich de Ocejo, Susana c/M., E. G." del 10/11/2010, cita La Ley online AR/JUR/74599/2010).

En el caso, el accionar negligente del acreedor hipotecario frente al cumplimiento de las obligaciones que pesaban sobre la actora, quien logró por sus propios medios una solución al caso reconstruyendo la escritura por vía judicial, me conduce a admitir este rubro y en la medida aceptada por el sentenciante de grado, por lo que propongo a mis colegas confirmar el monto indemnizatorio fijado.

VIII. Por último, el Banco Hipotecario S.A. cuestiona la tasa de interés aplicada (12% hasta la sentencia y para el supuesto incumplimiento y hasta su efectivo pago, la tasa activa).

Ahora bien, en lo que respecta al cómputo de la tasa activa prevista en la doctrina plenaria "Samudio" (20/04/2009), cabe recordar que en dicho pronunciamiento se consideró conveniente establecer la tasa de interés moratorio, cuando no ha sido pactada o prevista legalmente, y se dispuso que corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, pero mediante una solución de consenso el tribunal en pleno admitió que esa tasa de interés debía computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, aunque se dejó a salvo el supuesto en 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.

En estas actuaciones el monto indemnizatorio es fijado a valores actuales y dado que la tasa activa admitida por el plenario incluye el componente inflacionario, de aplicarse durante el lapso corriente entre la producción del daño y la determinación de ese valor actual se duplicaría injustificadamente la indemnización —en la medida de la desvalorización monetaria— por lo que en estos supuestos se produciría la alteración del contenido económico de la sentencia, que se traduciría en un enriquecimiento indebido.

En el caso, con el fin de evitar la situación descripta, el a quo fijó la tasa pura del 12% desde la mora hasta la sentencia. Mas siendo elevada, habrá de modificarse este aspecto del fallo, disponiéndose que los intereses se apliquen a una tasa del 8% anual desde la fecha establecida en la sentencia (28/12/2001) hasta la de este pronunciamiento y de ahí en adelante hasta el efectivo pago la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido propongo se modifique la sentencia recurrida, estableciendo que los intereses deberán devengarse conforme los lineamientos sentados en el considerando VIII. En cuanto a las costas de esta instancia, por el principal, propongo se impongan al co-demandado Banco Hipotecario

S.A. en su calidad de vencido (art. 68 del Código Procesal) y por la incidencia se distribuyen en el orden causado por no haber mediado oposición (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

La Dra. Mabel De los Santos no suscribe por hallarse en uso de licencia (Resolución 987 de la CSJN).

El doctor Posse Saguier adhiere por análogas consideraciones al voto precedente.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1) Modificar la sentencia recurrida, estableciendo que los intereses deberán devengarse conforme los lineamientos sentados en el considerando VIII. 2) Con costas de Alzada, por el principal, al co-demandado Banco Hipotecario S.A. en su calidad de vencido (art. 68 del Código Procesal) y por la incidencia en el orden causado al no haber mediado oposición (arts. 68 y 69 del Código Procesal). La Dra. Mabel De los Santos no suscribe por hallarse en uso de licencia (Resolución 987 de la CSJN).— Elisa M. Díaz de Vivar.— Fernando Posse Saguier.