

den causado; y se confirma en todo el resto de lo que decide y fuera materia de agravios.

Los honorarios serán regulados una vez que se practique la regulación en la instancia anterior.

Notifíquese y oportunamente devuélvase.

El Dr. *Zannoni* no firma por encontrarse excusado a fs. 167.

NOTA A FALLO

ALGO MÁS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS POR LA ACTUACIÓN DE SUS COLEGIADOS

Por **Oswaldo Solari Costa**

Un antecedente

Nuevamente nos toca comentar un fallo en el cual se demanda al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su carácter de administrador del Fondo de Garantía, para que con dicho fondo responda por la restitución de una suma de dinero entregada por la parte demandante a un escribano.

En 1999, comentamos un caso similar al presente (*La Ley* 1999-B-575 y publicado en extenso en *LL* 1998-D-763), donde la Sala K, en los autos “Giménez Aubert, María Susana c/ Cirese, Nora Susana”, con fecha 1º de julio de 1997, estableció la responsabilidad del Colegio de Escribanos, como organismo encargado de velar por el decoro profesional de los servicios notariales, a responder mediante el Fondo de Garantía por la devolución de un dinero entregado a un escribano para la constitución de un mutuo hipotecario. Discrepamos en esa oportunidad de la decisión judicial pues entendimos que “Una vez que se ha delimitado y se ha establecido qué actividades del notario pertenecen a su ejercicio funcional, corresponde vincular sólo a esas actividades la aplicación del Fondo de Garantía (además de los incumplimientos de las leyes fiscales). Se quiere significar con ello, que el resto de las actividades que el escribano puede realizar en su vida cotidiana, no están amparadas por dicho Fondo. Dentro de las exclusiones se encuentran, no sólo las actividades que nada tienen que ver con el ejercicio notarial –sus intervenciones docentes, sociales, deportivas, o de cualquier otro orden dentro de su vida civil– sino también aquellas que bien podrían estar incluidas dentro de su actividad profesional-funcional, pero que por disposición legal le han sido expresamente vedadas. Si el escribano las realiza, comete una infracción, y cuando dicha infracción no queda plasmada dentro de su ejercicio profesional, o sea el de asesoramiento jurídico o el autenticador que queda reflejado en las fojas de protocolo –u otras de uso exclusivamente notarial– mal puede ser controlado por el organismo respectivo, o sea por el Colegio de Escribanos. Bien ha dicho la sala B de la Cámara Civil, que ‘la entrega de fondos a un escribano para colocaciones financieras, escapa a la función pública de autenticidad que incumbe específicamente a un escribano como funcionario’ (Taboada Manuel y otro

c. Colegio de Escribanos de la Capital Federal y otro. CNCiv. Sala B. 11 de junio de 1975. La Ley 1976-A-324)”.

El caso actual

En esta oportunidad, con fecha 15 de agosto de 2003, la Sala F, con la preopinión de la Vocal Dra. Elena I. Highton de Nolasco, a la que adhirió el Dr. Fernando Posse Saguier con argumentos adicionales (el Dr. Eduardo Zannoni no firmó por encontrarse excusado), revocó la sentencia de Primera Instancia que había condenado al Colegio de Escribanos –como administrador del Fondo de Garantía– a abonar al actor Claudio Miguel Guerra, una suma de dinero por restitución de un importe entregado al escribano. La Juez de Primera Instancia, doctora Delia B. Iñigo, entendió que correspondía extender la responsabilidad del escribano demandado –sus herederos– al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en su carácter de administrador del Fondo de Garantía creado por la ley 22171 y actualmente regulado por los arts. 158 a 160 de la ley 404 Orgánica del Notariado de la Ciudad de Buenos Aires.

El Fondo Fiduciario de Garantía

Entendemos que la decisión de Segunda Instancia, que exime de responsabilidad al Colegio de Escribanos, es correcta. En ese sentido nos explayamos al expresar nuestra discrepancia respecto del fallo de la Sala K anteriormente citado, pues el Fondo de Garantía sólo debe responder por daños y perjuicios causados con motivo del ejercicio de la función notarial. Expresamente así lo contempla la ley: “**Fondo de Garantía.** Art. 158. Créase un fondo fiduciario de garantía constituido por el aporte de los escribanos de registro, titulares, adscritos, subrogantes, interinos y autorizados y por las rentas que produzca su inversión en los sistemas financieros redituables del Estado, que será administrado por el Colegio de Escribanos y dispuesto por éste a favor de sus eventuales beneficiarios. Dicho fondo responderá por las obligaciones de los escribanos en forma subsidiaria, después de haberse hecho excusión de los bienes del deudor principal y de pagada la indemnización del seguro de responsabilidad, si lo hubiere, en los siguientes casos: a) 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 que el organismo administrador del fondo de garantía hubiere sido citado como tercero: dicho organismo estará autorizado para transigir. b) Por el incumplimiento de las leyes fiscales en los casos en que actúen como agentes de retención”.

La recepción del dinero: actividad extranotarial

Efectivamente, la recepción de dinero de parte de un escribano para intermediar en su colocación financiera es una actividad no permitida y, como tal, excluida del ámbito de su actuación funcional y profesional. Lo mismo ocurre con cualquier otro emprendimiento que pueda realizar un escribano fuera de la normativa que encuadra y delimita su actuación –ya sea de asesoramiento jurídico-notarial, ya sea de instrumentación fedataria protocolar– y remar-

quemos que el Fondo de Garantía subsidiario –que actualmente es un fondo fiduciario de garantía– entra a jugar cuando los daños y perjuicios son causados como motivo de actos realizados en ejercicio de la función notarial.

La recepción de dinero para una inversión hipotecaria es un acto extranotarial, ajeno a la actividad legal del notario. Por ende, no sólo no está comprendido dentro de las incumbencias del escribano –asesor jurídico e instrumentador fedatario– sino que, peor aún, no representa una actividad lícita, sino expresamente prohibida por la ley local y, en general, por todas las legislaciones provinciales. Efectivamente se ha afirmado que “escapa a la función pública de autenticidad que incumbe específicamente como funcionario, la recepción de fondos que realiza un escribano para colocaciones financieras” (en los citados autos “Taboada”, de la C. Nac. Civil, Sala B, 11 de junio de 1975. *La Ley* 1976-A-321).

Y aun suponiendo que dicha actividad no fuera ilícita, mal puede ser comprendida dentro de lo que es el ejercicio del notariado, el que de ninguna manera abarca –reiteramos, con o sin licitud– a la intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros.

Por otra parte, la entrega del dinero en un mutuo hipotecario es realizada por el mutuante al mutuario en el acto escriturario, de la misma manera en que en una escritura de compraventa el comprador entrega en ese momento el dinero al vendedor; y si el comprador, por los motivos que fuere –amistad con el notario, seguridad para no dejar el dinero en su casa, etc.–, prefiere entregarle el dinero al escribano con anterioridad al día de la compraventa, esa entrega –y la consiguiente custodia y guarda del dinero que efectúa el escribano– nada tiene que ver con la función notarial. Situación similar sobreviene cuando se solicita a un escribano que se constituya como depositario de bienes –por ejemplo, acciones de sociedades o pagarés–; en estos casos, el rol del escribano no es el de profesional autenticador, es sólo parte en un contrato de depósito entre particulares, con una actividad extranotarial. Es cierto que muchas veces en estos casos se recurre al escribano por la confianza que su forma de vida laboral genera; pero queda bien en claro –como en los ejemplos citados– que no siempre su intervención es en ejercicio de la función notarial.

Obviamente, no se trata de liberar al Colegio de Escribanos de la obligación de control y de verificación de la actuación de los escribanos, circunstancia que se realiza especialmente a través de las inspecciones de protocolos. Sólo se trata de no achacar responsabilidad al Fondo de Garantía cuando el escribano se aparta en su actuar del marco de las incumbencias que le imponen las leyes.

Exagerando el ejemplo, sería inconducente de la misma manera condenar al Fondo de Garantía del Colegio de Escribanos por una responsabilidad ocasionada por un escribano en otros ámbitos de su vida –una indemnización por un accidente de auto, o por incumplir el pago de su tarjeta de crédito o de un préstamo hipotecario tomado con un banco para comprar sus oficinas, etcétera–.

Límite de respuesta del Fondo Fiduciario de Garantía

Si el escribano toma dinero para una inversión hipotecaria no hay duda de que está actuando bajo su responsabilidad personal y, más aún, podríamos decir, infringiendo la normativa notarial, pero desde ningún punto de vista bajo una responsabilidad funcional-profesional. Queda en claro que lo que hemos expresado precedentemente se refiere a la intervención y asunción de responsabilidad por parte del Fondo de Garantía del Colegio de Escribanos, lo que en nada excluye por cierto la responsabilidad que le cabe en forma personal al escribano infractor. De allí que la sentencia, en lo que a este tema concierne, condena correctamente al escribano demandado –sus herederos–; pero esta primera conclusión no es la que hace a nuestro comentario y a la decisión analizada.

Como bien se ha afirmado, la circunstancia de que el Colegio de Escribanos vele por el buen funcionamiento y decoro de sus colegiados no significa que exista entidad para justificar una suerte de extensión de la responsabilidad al Fondo de Garantía Fiduciario cuando el acto en que interviene el escribano no sólo es ajeno a su función específica sino que, más aún, es incompatible con aquélla. En consecuencia, para la decisión de cuándo responde el Fondo de Garantía resulta medular establecer si el escribano –tanto en el caso analizado como en cualquier otro– actúa como simple particular, como ciudadano, como cualquier contratante de un determinado negocio jurídico, o si lo hace con motivo del ejercicio de su función o profesión notarial. En el mismo sentido se ha expedido la Sala D de la C. N. Com., con fecha 5 de febrero de 1998, en los autos “Schiavo, R. S. s/ Concurso Preventivo”, ED 177-286, aun cuando el tema *decidendum* fue la negativa a la solicitud de concurso preventivo formulada por un escribano que intermediaba en operaciones financieras; y la Sala A de la C. N. Civ., el 25 de febrero de 1985, en “Di Yorio, R. P. y O. c/ Esc. Zarlenga y ot.”, JA 1985-III-12.

Responsabilidad del escribano

Mucho se ha escrito sobre la responsabilidad civil del escribano público. Las teorías se han dividido principalmente en tres corrientes: la que considera al escribano como funcionario público; la que entiende que el notario ejerce una profesión liberal; y finalmente, aquella de la que participa la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, y que creemos es la adecuada, que considera que el escribano es un profesional del derecho (abogado, perito o licenciado en derecho, de acuerdo con las jurisdicciones y países) pero que ejerce una función pública delegada por el Estado, que consiste en dar autenticidad a los contratos, negocios o actos por él autorizados. En general, quienes participan de la primera postura entienden que el escribano responde siempre extra-contractualmente en el ejercicio de su función pública. Por el contrario, quienes sostienen que el escribano público es un profesional liberal de derecho, negándole el carácter de funcionario, consideran que la responsabilidad es contractual frente a los requirentes y las partes de los negocios autorizados por el escribano; y extra-contractual con respecto a terceros no partícipes del

acto notarial. Finalmente, para aquellos que participan de la tercera posición, llamada intermedia, existe entre las partes o requirentes y el escribano una relación contractual (mayoritariamente considerada como una locación de obra intelectual) y, con respecto a terceros, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del notario es siempre extra-contractual. Pero que quede en claro que cualquiera de estas posiciones toma en consideración la relación de responsabilidad que puede generar al escribano su ejercicio profesional. En cambio, cuando la actuación del escribano se encuentra fuera de su ámbito funcional-profesional, creemos que resulta evidente que responderá como cualquier otro sujeto que causa un daño a tercero, motivo por el cual no corresponde la participación del Fondo de Garantía, que como lo hemos puntualizado, sólo corresponde ante el incumplimiento funcional y/o profesional del notario.

Así se ha dicho que *“es de toda evidencia que fuera e independiente de su función notarial, el escribano público podrá celebrar otros convenios con sus clientes o personas que requieran su servicio, en la medida que la ley no se lo prohíba. Se estará entonces frente a un mandato, depósito, locación de servicios, etc. Conforme a las obligaciones que en cada caso haya asumido el escribano público. En estos supuestos aunque no se trate de responsabilidad derivada del mal cumplimiento de la función notarial, si con su accionar el escribano ocasiona daños, deberá resarcirlos –como cualquier contratante no escribano público– sujeto a las normas de incumplimiento contractual.”* (Lloveras de Resk, María Emilia, “La responsabilidad civil del escribano público”, ED 105-942.).

Conclusión

Nuevamente nos toca comentar un fallo en el cual se demanda al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su carácter de administrador del Fondo de Garantía, para que con dicho fondo responda por la restitución de una suma de dinero entregada por la parte demandante a un escribano.

Una vez que se ha delimitado y se ha establecido qué actividades del notario pertenecen a su *ejercicio funcional*, corresponde vincular sólo a esas actividades la aplicación del Fondo de Garantía (además de los incumplimientos de las leyes fiscales); el resto de las actividades que el escribano puede realizar en su vida cotidiana no están amparadas por dicho Fondo.

Tal como expresamente lo contempla el art. 158 de la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, el Fondo Fiduciario de Garantía “responderá por las obligaciones de los escribanos en forma subsidiaria [...] en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios causados con motivo de actos realizados en el ejercicio de la función notarial [...]”.

No se trata de liberar al Colegio de Escribanos de la obligación de control y de verificación de la actuación de los escribanos, circunstancia que se realiza especialmente a través de las inspecciones de protocolos. Sólo se trata de no achacar responsabilidad al Fondo de Garantía cuando el escribano se aparta en su actuar del marco de las incumbencias que le imponen las leyes, o aun sin actuar en forma ilegal, lo hace extranotarialmente.

Como bien se ha afirmado, la circunstancia de que el Colegio de Escriba-

nos vele por el buen funcionamiento y decoro de sus colegiados no significa que exista entidad para justificar una suerte de extensión de la responsabilidad al Fondo de Garantía Fiduciario cuando el acto en que interviene el escribano no sólo es ajeno a su función específica sino que, más aún, es incompatible con aquélla.