CNCiv., Sala C, 09/02/2010. - Barlotti, Osvaldo y otro c. Averdonne S.A. y otros s/nulidad de escritura/instrumento

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los nueve días del mes de febrero de dos mil diez, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala C de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en los autos: “Barlotti, Osvaldo y otro c/ Averdonne S.A. y otros s/ nulidad de escritura/instrumento” respecto de la sentencia dictada a fs. 588/592, 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, Díaz Solimine y Álvarez Juliá.

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

I. La sentencia de fs. 588/592 rechazó la demanda entablada por Osvaldo Barlotti y Silvia Mirta Gils contra Averdonne S.A., Jaime Averbach y Ricardo Jorge Oks por nulidad de las escrituras públicas nº 188 del 9 de noviembre de 2000 y nº 30 del 6 de marzo de 2002 pasadas ante el escribano Ricardo Oks antes mencionado, titular del registro nº 336, con el fin de que se restituya la suma de pesos ciento veintidós mil setecientos quince con cincuenta y ocho centavos ($ 122.715,58) oportunamente entregada con más la de pesos sesenta mil ($ 60.000) en concepto de daño moral.

El fallo fue apelado por los actores, quienes expresaron agravios a fs. 618/621. Su traslado fue contestado a fs. 623 por Averdonne S.A. y a fs. 626 por Claudia Marina Averbach, heredera del codemandado Jaime Averbach.

II. No haré lugar al pedido de deserción solicitado por Averdonne S.A., en cuanto la Sala que integro, priorizando el derecho de defensa de raigambre constitucional, propicia el estudio de las quejas en tanto las respectivas expresiones de agravios reúnan, al menos de modo mínimo, los recaudos procesales. Corresponda en consecuencia que dé respuesta a las críticas de la parte actora, aunque desde ya adelanto que los considero insuficientes para modificar el pronunciamiento en crisis que le ha sido desfavorable.

III. La parte actora se agravia por entender que el *a quo* ha omitido toda referencia a cuestiones relativas respecto a si la sociedad demandada se encontraba en condiciones de vender el inmueble y designar apoderado judicial, como así también de expedirse sobre la responsabilidad endilgada al escribano por su actuación en las escrituras cuya nulidad aquí se persigue. Asimismo se agravia por haber considerado el juez de grado que la cláusula estatutaria que prevé la “ausencia” del presidente como causal de reemplazo por el vicepresidente resulta una alternativa genérica que comprende también a la “muerte” de aquél sin que ello afecte la actividad social, obviando que “Averdonne S.A.” se constituyó únicamente con dos socios a cargo de la presidencia y vicepresidencia siendo aplicable ante la muerte de uno de ellos el art. 94, inc. 8, de la Ley de Sociedades Comerciales. En síntesis, señala que el sentenciante fundó su decisorio en la representatividad del vicepresidente de “Averdonne S.A.” al momento de otorgar la escritura nº 188, sin considerar que dicha sociedad debió haber sido declarada en liquidación en noviembre de 1995, tras la muerte de su presidente; que la venta se encontraba vedada al Directorio por estar solo legitimado a realizar actos de administración; y que Jaime Averbach, quien actuó como vicepresidente de “Averdonne S.A.” en el acto escriturario, y el escribano Oks son responsables civilmente ante los actores. Solicitan se revoque la sentencia recurrida, con costas.

IV. Con fundamento, en lo medular del fallo, en el art. 99 de la ley de sociedades, el magistrado de la anterior instancia ha desestimado la acción en virtud de la cual los actores solicitaban la nulidad de la escritura n°188 del 9 de noviembre de 2000 pretendiendo tal declaración contra la sociedad Averdonne S.A. en calidad de vendedora, Jaime Averbach, como vicepresidente de la misma y contra Ricardo Jorge Oks en su calidad de notario autorizante del mencionado instrumento público en virtud del cual adquirieron el inmueble del Club de Campo El Moro ubicado en la Provincia de Buenos Aires, Partido de Marcos Paz identificado en la escritura. Además, pidieron la nulidad de la escritura n° 30 del 6 de marzo de 2002 la referida al otorgamiento de un poder judicial general con el que fuera iniciada la ejecución en su contra por el saldo impago, que habían garantizado con derecho real de hipoteca. Agregaron, además, el pedido de la restitución de las sumas entregadas y la indemnización del daño moral que dicen sufrido. Sin duda, que esta solicitud no puede ser sino consecuencia de la primera, aunque ahora parecen pretender separarlas y considerar que la misma no ha recibido tratamiento por parte del Sr. Juez “*a quo*”.

Así, el primer agravio parece destinado a cuestionar que, a pesar de la cita del art. 99 de la ley 19.550, no se ha condenado a Averbach ni a Oks no obstante que dicha norma establece que, dada alguna de las causales de disolución de la sociedad, los administradores sólo pueden atender los asuntos urgentes. Cualquier operación ajena a esos fines, hace responsable a los administradores, limitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos.

Creo que los términos de la propia norma son suficientes para la desestimatoria de la petición en la primera instancia y su confirmación en la segunda con relación a Oks: el escribano no es parte de la sociedad y no es alcanzado por el citado artículo, por lo que ninguna omisión se advierte en el fallo en crisis.

Por lo demás, el art. 1003 del Código Civil, establece las obligaciones de los notarios con relación a los supuestos en que las partes actúen por medio de representantes legales o mandatarios, normando los distintos supuestos y la necesidad o no de agregar al protocolo los antecedentes que justifiquen la misma.

Asimismo, de modo reiterado se ha expresado que la costumbre en virtud del cual se deja constancia en la escritura de la manifestación del representante respecto a que posee facultades suficientes para el acto, manteniéndose vigente la representación que alega, es producto de una buena técnica registral, sin que su ausencia, el instrumento público no pueda considerarse válido. Es lo que se conoce como “bastanteo”, facultad que se otorga a los notarios, por lo que si bien una relación sucinta del título habilitante se torna conveniente, su omisión no conlleva privar de eficiencia a la escritura. De hecho, el art. 1104 del mismo ordenamiento conforme texto de la ley 15.875, que debe interpretarse de modo restrictivo, ha eliminado la ausencia de “las procuraciones y documentos habilitantes” como causa de nulidad de las escrituras (conf. Armella, Cristina, su comentario a dichos artículos en el Código Civil de Bueres-Higthon, Ed. Hammurabi, tomo 2c, pág. 104 y ssgtes.). Ello sin perjuicio de la multa de la cual los mismos pudieran hacerse pasibles y la norma citada en último término establece.

Agrego que en el expediente n° 2601-02 del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires –que el apelante trae en su auxilio poniendo el acento no en el simple “consejo” que importa la conclusión del dictamen que examino con relación al Escribano Oaks con relación al término “advertir” sino en las otras acepciones que acepta la lengua española–, se expresó, conforme surge de fs. 311/313, que “con sustento en el art. 58 de la ley 19.550, en la teoría organicista y en el principio de la apariencia, ínsita en la misma, la doctrina y la jurisprudencia societaria, en forma pacífica y prácticamente unánime, imputan directamente a la sociedad todo acto ejecutado por su administrador o representante legal, con la única condición que no sea notoriamente extraño al objeto social”.

Partiendo del análisis de las diversas funciones en las sociedades, distinguida doctrina concluye en que las actuaciones de quienes ejercen estas funciones pueden calificarse como orgánicas, originando así la teoría del órgano que no necesariamente se limita a la distribución interna de aquéllas y a sus competencias sino que alcanzan proyección externa, siendo clásico que, tratándose de las facultades de los administradores en su calidad de representantes de la misma, se las vincule, de modo necesario, con el objeto social. De forma tal que el representante orgánico puede obligar a la sociedad con terceros siempre que los actos, conforme con el art. 58 de la Ley de Sociedades no sean notoriamente extraños al objeto social. (conf. Alegría, Héctor, “La representación societaria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Representación, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 245 y sstes.; Mugillo, Roberto A., Ley de Sociedades Comerciales, Lexis-Nexis, 2005, pág. 86, entre otros). Dirá este autor que los “órganos no son agentes ni mandatarios, integran la sociedad, son la sociedad, y aunque sean personas, no expresan su voluntad individual, sino que a través de ellos la sociedad expresa su propia voluntad”.

Por lo demás, citando a Julio C. Otaegui y a Efraín H. Richard y Orlando Muiño, Alberto Antonio Romano en el Código de Comercio Comentado y Anotado, dirigido por A. A. Rouillon y coordinado por D. F. Alonso (Ed. La Ley, T° III, pág. 241), comentado el recordado art. 99 de la ley de sociedades, sin hacer distinción entre las diversas causales de disolución, concluye: “El art. 58 de la L.S.C. sigue rigiendo, por lo que la sociedad quedará obligada por todos aquellos actos que no sean notoriamente extraños al objeto social ya que los terceros no tienen por qué saber o diferenciar si los actos que celebran con la sociedad son o no urgentes conforme lo dispuesto por el art. 99, primer párrafo, de la L.S.C.”.

Averbach invocó el carácter de vicepresidente en ejercicio de la presidencia de Averdonne S.A. con facultades suficientes que se encontraban vigentes. El Escribano incorporó fotocopia del Acta Constitutiva cuyo original tuvo a la vista. Su art. 8º establece que la representación legal de la sociedad corresponde al Presidente del Directorio o el Vicepresidente, en forma indistinta, por lo que quien compareció por la vendedora estaba habilitado para ello, aun cuando la sociedad no se hubiere liquidado como lo establece la normativa societaria frente a la subsistencia de un solo socio, en atención a la aplicación, aún en esos casos, de los arts. 58 y 99 de la L.S.C.

El fallecimiento de la otra socia, importa su ausencia y los legitimados para impugnar el acto, serían, eventualmente sus herederos.

V. Es cierto que entre las fun ciones de los notarios que surgen de los arts. 22 y 24 de la ley 404, reguladora hoy de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra el deber de asesorar a las partes en la celebración del acto, y que una de las garantías que es dable esperar de su intervención en la autorización de un instrumento público, es el estudio de títulos o recopilación de antecedentes de modo de asegurar su bondad y la juridicidad del acto, evitando futuras nulidades. Ello hace a la seguridad del tráfico negocial y de ahí que tal estudio, en el que no pocos comprenden el análisis de la viabilidad de los instrumentos que justifican la personería del otorgando, cuando la parte no actúa por sí, deba realizarse con sentido crítico. Tal vez por eso no deja de llamar la atención que las normas citadas, que hacen, definitiva a funciones propias del notario, no le atribuyan carácter de obligatorio a tales funciones, que se encuentran entre las que la doctrina y la jurisprudencia mencionan como propias de su incumbencia.

Por lo demás, la supuesta urgencia que menciona el hoy codemandado en el descargo efectuado ante el Colegio de Escribanos según surge a fs. 311/312, no lo eximiría, sin más, de una responsabilidad que en no pocos casos le atribuyen doctrina y jurisprudencia.

Pero el caso presenta particularidades: no hay uniformidad doctrinaria sobre la suficiencia o insuficiencia de los instrumentos en virtud de los cuales tuvo por acreditada la personalidad del representante de la sociedad vendedora y de hecho ello queda patentizado en la diferente posición que se advierte entre el dictamen del Colegio de Escribanos de fs. 311/312 y el producido por el Escribano Domínguez Journet que se expresa, de modo diverso, en la contestación de oficio que luce a fs. 299/300. Cuestión, por tanto, opinable, que fractura el nexo causal.

Además, si hubo error en su obrar, existiría una especie de error provocado por quien se presentara como sujeto negocial. Y aunque se insistiera que ello no lo excusaba de verificar la personería del mismo ante la ausencia de libros contables de la sociedad vendedora, lo cierto es que tampoco advierto que los hoy accionantes hubieran actuado de modo diligente, pues no realizaron –o siquiera invocaron haberlas realizado– las indagaciones razonablemente a su alcance para cerciorarse de la bondad de los títulos y de la inexistencia de vicios que pudieran afectarlos.

Contrasta, en tal sentido, que quien fuera sindicado como futuro comprador, hubiera hecho analizar los antecedentes, en una actitud destacable y esperable de cualquier persona que obre con cuidado y previsión y que por ello merece la tutela jurídica.

Por lo demás, los actores obtuvieron la escrituración a su nombre, les fue entregada la posesión, en la que se mantuvieron hasta el año 2005 (fs. 314/315 del expediente n° 29.701/02), lograron la respectiva inscripción registral y hasta pudieron llegar a alquilarla según surge del juicio que el acreedor hipotecario les promoviera frente a la falta de pago de las cuotas adeudadas a partir del mes de noviembre del año 2001. Años después de serles exigida judicialmente la deuda, iniciaron este proceso de nulidad de la escrituración de un bien que concluyó siendo subastado en remate público.

Con el representante de dicho acreedor celebraron, ya atrasados en el pago de los servicios, el convenio que en copia obra a fs. 37 del mismo expediente, por lo que a su respecto, bien resulta de aplicación la doctrina de los actos propios.

No encuentro por tanto crítica razonada a los argumentos del *a quo*, quien ha tratado todos las cuestiones debatidas con argumentos que ni siquiera han sido rozados por las quejas que considero en torno a la subsistencia de la sociedad y a la validez de sus actos.

VI. Párrafo aparte merece la crítica referida a la ausencia de condena del daño sufrido por pérdida de la chance de vender el inmueble y por el daño moral que se dicen experimentados.

Con relación a la pérdida de la chance, su mención en la expresión de agravios importa introducir una cuestión que no fuera sometida a decisión en la instancia anterior. Es que en la demanda, la petición de daños fue subsidiaria para el caso que, aplicándose las leyes de emergencia, se “pesificara” el monto que se dice entregado en concepto de pago parcial de la compraventa. El daño consistiría, entonces, a su entender, en la diferencia entre el valor de restitución y el efectivo entregado en la divisa norteamericana. Nada se dijo respecto a la pérdida de chance que ahora se invoca.

Agrego, además, que sólo se encuentra acreditado en autos lo que el Escribano Domínguez Journet expresó al contestar a fs. 299/300 el oficio que se le dirigiera, reconociendo y transcribiendo el dictamen que emitiera, según él lo expresa, a requerimiento de Raúl Toledo, a quien los actores le adjudican el carácter de futuro comprador. En esa oportunidad, desaconsejó la compra por entender que existían extremos cuestionables en el antecedente. Pero aunque Toledo desistió de la operación, se ignora si aquel dictamen fue la causa de ello.

En cuanto al daño moral, entiendo que el mismo, de existir, derivaría de un incumplimiento contractual. Comparto, en este sentido, la opinión de Bueres (Código, Ed. Hammurabi, 4B, pág.739 y sstes.) en tanto el escribano celebra con su cliente, en el aspecto que nos interesa, un contrato de locación de obra. Con relación a la esta convención “el co-contratante tiene acción contractual contra el notario, ya que aquél quedó incorporado al negocio al manifestar su asentimiento para que el profesional interviniera. De ahí que esa particular *adhesión* determine que todas las partes sean clientes del escribano” (op. Cit., pág. 741; en igual sentido, entre otros, Trigo Represas, Responsabilidad Civil de los Profesionales, ps. 137 y 138). Y sin razón, en el caso “*sub examen*”, para saltar la valla que impone el art. 1107 del CC en ausencia de delito del derecho criminal, la norma a aplicar es la del art. 522 del Cód. Civil que prevé una solución más estricta que la prevista por el art. 1078 del mismo ordenamiento y en la que los quejosos pretenden ampararse, sin haber incorporado elemento alguno que haga suponer su existencia.

De ahí que si mi voto es compartido, propongo confirmar la sentencia de la anterior instancia, con costas a cargo de los apelantes vencidos (art. 68 del CPCC).

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

Y *Vistos*:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se desestiman los agravios de la parte actora y se confirma la sentencia de la anterior instancia.

Las costas de Alzada se imponen a cargo de los apelantes vencidos (art. 68 del CPCC).

Regístrese, notifíquese y devuélvase*. – Beatriz L. Cortelezzi. – Omar L. Díaz Solimine*. – *Luis Álvarez Juliá*.