

anteproyecto, en su artículo 883, ampara los pagos hechos al acreedor aparente, que incluyen, claro está, el presente supuesto, protección similar al del actual 732.

Casi como una burla del destino, estos artículos nos llevan, expresamente, a tener que elaborar una praxis de la actuación de los sucesores sin declaratoria, pero sabiendo que la misma no alcanza a los bienes registrables. La misma praxis que el notariado, con notable tozudez, se negó a desarrollar por más de un siglo. Pero yo creo que este anteproyecto –en caso de ser sancionado– no logrará romper nuestras prácticas seculares: los abogados seguirán tramitando inútiles declaratorias y engrosando los procedimientos con inútiles trámites, y nosotros trataremos de no molestarlos con planteos incómodos.

Responsabilidad del escribano

Obligación de restituir las sumas de dinero que recibió en depósito para una inversión inmobiliaria. Retención indebida. Relación contractual entre el depositante y el escribano depositario. Rechazo de la responsabilidad subsidiaria atribuida al fondo fiduciario de garantía.

• CNCiv., Sala F, 5/10/2011, “G., E. R. c/ L. s/daños y perjuicios”. (Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, nº 102, año xxvi, 1/6/2012, fallo 116325).

Hechos: Una persona que entregó a un escribano una suma de dinero en moneda extranjera a fin de que fuera otorgada en préstamo a un tercero para la adquisición de un inmueble y constitución de hipoteca de primer grado en favor del prestamista inició demanda contra dicho notario a fin de obtener la restitución del dinero. Alegó que la operación no se realizó y que el notario retuvo de forma indebida el importe. El juez de primera instancia admitió

parcialmente la acción e hizo extensiva la condena al fondo fiduciario de garantía del Colegio de Escribanos. La sentencia fue apelada y la Cámara la modificó.

1. El escribano demandado debe restituir al accionante las sumas de dinero que este le entregó en depósito a fin de que fueran otorgadas en préstamo a un tercero para la realización de una escritura de compraventa y constitución de

hipoteca en primer grado a favor del depositante, pues, si bien el notario alegó que dicha escritura nunca se pudo llevar a cabo por cuestiones ajenas, no acreditó haberle devuelto el importe recibido.

2. El fondo fiduciario de garantía del Colegio de Escribanos no puede ser responsabilizado por los daños y perjuicios que sufrió el accionante a causa de la indebida retención realizada por un escribano público de las sumas de dinero que fueron entregadas en depósito para una inversión inmobiliaria, pues la función de depositario realizada es personal y extraña a la función documentadora-fedataria del escribano.

3. La excepción de prescripción opuesta por el escribano a la acción de daños y perjuicios incoada a fin de obtener la restitución de las sumas de dinero que el accionante le entregó en depósito para una inversión hipotecaria debe ser rechazada, pues entre las partes no existió una relación extracontractual sino contractual de depósito.

4. El escribano demandado debe restituir al accionante la cantidad de dólares estadounidenses que este le entregó para una inversión inmobiliaria que finalmente no se perfeccionó y que retuvo indebidamente, sin que resulte aplicable la normativa de emergencia que regula la pesificación, Ley 25.561, Decreto 214/02, pues la entrega de tales importes configuró un depósito irregular en los términos del artículo 2189 del Código Civil, que genera la consiguiente obligación del depositario de restituir el importe que no fue destinado a la operación prevista en

la misma especie y calidad en que le fue entregado, máxime cuando de admitirse la aplicación de la normativa de emergencia se redundaría en un injustificado beneficio para el demandado.

Texto completo

2ª instancia.

Buenos Aires, octubre 5 de 2011.

El doctor Galmarini dijo:

I. Relató E. R. G. que el día 27 de enero de 2000 entregó al demandado U\$S 20.000 para ser colocados en hipoteca por saldo de precio. Que, posteriormente, el 14 de febrero de ese mismo año, entregó una suma idéntica a la referida anteriormente y aclaró que ambos importes debían ser dados en préstamo al Sr. Martín Valenzuela, quien los destinaría a la compra de un inmueble sito en la calle Montevideo 2643 del Partido de San Isidro, provincia de Buenos Aires.

Señaló que el 6 de marzo de 2000 suscribió con el Sr. Valenzuela lo que denomina un contrato de mutuo, en cuyo instrumento privado se consignó que este último recibía del actor en calidad de préstamo la cantidad de U\$S 20.000, y que ese importe permanecería depositado en la escribanía del demandado hasta que se firmase la escritura de compraventa del inmueble antes mencionado y de constitución de hipoteca de primer grado a favor del actor. Manifestó que estaba a cargo del escribano L. –demandado– la realización de la escritura en cuestión.

Explicó el accionante que durante mucho tiempo creyó que el referido trámite –constitución de hipoteca– se hallaba fi-

nalizado, pues el escribano L. le había hecho suscribir una serie de documentos y había comenzado a recibir los pagos pactados en concepto de intereses, hasta que en determinado momento tomó conocimiento de que la escritura en cuestión nunca se había llevado a cabo.

Expresó que, al enterarse de tal circunstancia, se comunicó con el demandado L. y le solicitó la restitución del dinero depositado en la escribanía, pero ello no se cumplió.

Finalmente el actor solicitó que se condene al escribano L. a restituir la suma de dinero antes referida, la que, según sostiene, habría sido retenida indebidamente por el demandado en lugar de destinarla a la operación prevista por las partes.

El juez de primera instancia rechazó las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción opuestas por el accionado e hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a [...] L. a abonar al actor la suma reclamada en moneda extranjera a razón de 1 peso por dólar estadounidense más el 50 % de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio –tipo vendedor– del día en que corresponda el pago, más sus intereses y las costas del proceso. Asimismo, hizo extensiva la condena al fondo fiduciario de garantía del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Apelaron todas las partes. El actor expresó agravios a fs. 312-14; el demandado, a fs. 319-25; y el Colegio de Escribanos, a fs. 327-29. Los memoriales fueron respondidos a fs. 331-2, 334-8 y 340-2.

II. Se agravia el demandado del rechazo de las excepciones de falta de legitimación pasiva y de prescripción oportunamente interpuestas por su parte. Sostiene que el dinero cuya restitución reclama el actor en autos estaba destinado a ser dado en préstamo, mediante un contrato de mutuo, al Sr. Valenzuela para que este último comprase un inmueble y que en ningún momento se condicionó dicha operación a la constitución de una hipoteca. Afirma que si bien tenía conocimiento de la existencia del instrumento privado suscripto por el actor y el Sr. Valenzuela con fecha 6 de marzo de 2000, no intervino en su redacción ni lo firmó, por lo que aduce que le resulta totalmente ajeno y las cláusulas allí estipuladas no le son oponibles.

Alega que por resultarle ajeno el contrato antes aludido no se obligó a restituir dinero alguno y que el actor debió ejecutar su crédito contra el Sr. Valenzuela por ser este el verdadero deudor del mutuo.

Por otra parte, expresa que jamás existió entre él y el actor una relación contractual de profesional-cliente, sin perjuicio de lo cual afirma que la responsabilidad del escribano es de carácter extracontractual y por lo tanto la acción incoada en autos se encuentra prescripta.

Surge del documento agregado a fs. 18 que en el año 2000 el actor entregó al escribano L. la cantidad de U\$S 20.000 “para ser entregados en préstamo a H. M. V. con el aval de O. G., para la compra de la finca calle Montevideo 2643 del partido de San Isidro”. Tal circunstancia fue reconocida por el accionado al contestar la demanda (fs. 95 vta.)

A fs. 15-16 obra agregado el instrumento privado celebrado entre el actor y

el Sr. Valenzuela en el que se hace referencia al contrato de mutuo. En dicho documento se consignó que este último recibía del aquí demandante la cantidad de U\$S 20.000 en calidad de préstamo y que dicho importe quedaría en depósito en la escribanía L. hasta que se firmase la escritura de compraventa y constitución de hipoteca en primer grado a favor de la parte acreedora.

El demandado ha manifestado que, aunque realizó todos los pasos necesarios al efecto, la escritura referida nunca se pudo llevar a cabo por cuestiones que le eran ajenas. Y aunque insiste en sostener que entregó los U\$S 20.000 en cuestión al Sr. Valenzuela, quien los habría utilizado para adquirir el inmueble antes aludido, lo cierto es que no logró acreditar en autos tal circunstancia.

Es que si bien el Sr. L. pretende que se tenga por acreditada su versión de los hechos con la declaración del testigo O. G., estimo que los dichos de este último resultan insuficientes a tal fin.

Nótese que el referido testigo expresó que “fue un día a la casa de L. para que Martín pueda comprar la casa, o sea como testigo o garante de la propiedad que iba a comprar. Participó ese día, estuvo la Sra. J. de P. y el Sr. M. P., el hijo de la Sra. J. Ahí se firmó la compra y lo que quedaban a deber y demás”. También señaló que sabe que el Sr. V. “pagó una parte y la otra quedó debiendo; sabe que pagó una parte porque entregó un automóvil y dinero como un anticipo y, si mal no recuerda...”. Finalmente, al ser preguntado sobre cuánto pagó el Sr. V. en ese acto, el dicente respondió que “la verdad eso lo desconoce, ya que siempre lo manejó Martín, el día que estaban en lo de

L. firmaron la documentación; lo que entregaba como anticipo y lo que quedaban deber, pero como el dicente no participa de la compra, no recuerda los valores” (fs. 220-1).

La declaración antes transcripta permite inferir que se firmó un boleto de compraventa, pero en ningún momento el testigo menciona qué valor abonó V. en ese acto ni refiere que el dinero que entregó en dicha oportunidad fueran los U\$S 20.000 que se encontraban depositados en la escribanía a la espera de la constitución de la hipoteca antes aludida.

Es cierto que el mismo actor reconoció haber comenzado a percibir pagos en concepto de los intereses pactados en el mutuo agregado a fs. 15-16, pero tal circunstancia carece por sí sola de entidad como para tener por probado que el Sr. L. entregó el dinero objeto de autos al Sr. V. y que este último lo utilizó para adquirir el inmueble aludido precedentemente.

El examen conjunto del instrumento privado agregado a fs. 15-16, celebrado entre Héctor Martín Valenzuela y E. R. G. y los recibos de fs. 18 y 19 firmados por el escribano L., de los que surge que este último recibió el importe de U\$S 20.000 de E. R. G., expresándose en el de fs. 18 que sería dado en préstamo a H. M. V. para la compra del inmueble que se indica, permite concluir por un lado que si los dólares quedaban en depósito en la escribanía, es porque realmente no los recibió en ese acto Valenzuela; y por lo tanto lo instrumentado por V. y G. no constituyó un contrato de mutuo, pues el mutuo como contrato real solo se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 2242 del Código Civil). No acreditada la en-

trega a V., solo quedó suficientemente comprobado que el escribano L. recibió los U\$S 20.000 que serían destinados al préstamo al que se hace mención en el instrumento privado de fs. 6-7, esto es, en calidad de depósito.

Es de observar que en el caso el escribano actuó más bien como intermediario entre quienes aspiraban a celebrar el contrato de mutuo, no como actuación profesional notarial; y como intermediario admitió recibir en depósito esa cantidad de dólares.

De ahí que resulta indudable la legitimación para obrar pasiva en el reclamo de restitución de esos dólares.

Consecuentemente, habiéndose demostrado que el actor entregó al escribano L. el importe de U\$S 20.000 para ser dados en préstamo al Sr. Valenzuela y toda vez que el demandado no ha logrado acreditar que destinó el dinero en cuestión a la operación prevista, habrá de confirmarse el fallo apelado en cuanto desestimó la excepción de falta legitimación pasiva opuesta por el demandado.

Tampoco tendrán favorable acogida los agravios de demandado tendientes a cuestionar el rechazo de la excepción de prescripción.

Y digo ello, por cuanto si bien considero que en el caso no se trata de una responsabilidad por mala praxis profesional del escribano demandado, ya que no es propia de la función notarial la gestión o intermediación de inversiones hipotecarias, lo cierto es que el Sr. L. recibió del Sr. G. una suma de dinero que debía ser objeto de un mutuo hipotecario a celebrarse entre el actor y el Sr. V. y, hasta tanto se celebrara dicho contrato, el escribano demandado debía retener el di-

nero constituyéndose así en su custodio o depositario.

Es decir que la relación jurídica que unió a las partes y que dio origen al presente litigio es de índole netamente contractual –contrato de depósito– y por ello cabe sin más el rechazo de la excepción en análisis.

No desvirtúa las conclusiones antes apuntadas lo aducido por el demandado en cuanto sostiene que el mutuo celebrado entre el actor y el Sr. Valenzuela (agregado a fs. 15-16) le es completamente ajeno y por lo tanto sus cláusulas no le son oponibles.

Al contestar la demanda el Sr. L. expresó que, aunque no lo firmó, conocía la existencia y el contenido del mutuo en cuestión y en ningún momento cuestionó su autenticidad (fs. 95 vta. 96, pto. c), también afirmó: “El dinero retenido hasta el momento de la escrituración no pertenece al actor, por lo cual carece de acción y derecho para su reclamo” (fs. 96 vta.).

El escribano señaló que había realizado todos los trámites necesarios para llevar a cabo la escritura de compraventa y constitución de hipoteca, detallándolos y adjuntando los comprobantes pertinentes (fs. 96-vta. pto. g), reconociendo así que estaba a su cargo la realización de dicho acto.

También reconoció ser quien se encargaba de gestionar el pago de los intereses debidos al actor conforme lo pactado en el mutuo (ver fs. 265).

Lo expuesto permite concluir en que de ningún modo el demandado resultaba ajeno al negocio de marras, que conocía los términos del mutuo de fs. 15-16 y era el encargado de llevar a cabo la escritura

de compraventa y constitución de hipoteca a favor del aquí actor.

Sentado ello, entiendo que se ha acreditado en autos que el demandado recibió del actor en el año 2000 la cantidad de U\$S20.000, que estaban destinados a efectuar una inversión hipotecaria (ver recibo de fs. 18) y que ese dinero debía quedar depositado en la escribanía del Sr. L. hasta la firma de la escritura de constitución de hipoteca a favor del actor (ver contrato de mutuo agregado a fs. 15-16). Que no se ha demostrado que el demandado haya destinado el dinero referido a la operación prevista ni que lo haya devuelto al Sr. G.

Consecuentemente, propongo confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción opuestas por el demandado y en lo atinente a la responsabilidad asignada por el magistrado.

III. El actor se agravia de que el sentenciante haya dispuesto la aplicación en la especie de la normativa de emergencia que regula la pesificación (Ley 25.561, Decreto 214/02, etc.). Se queja asimismo de la tasa de interés establecida por el magistrado y solicita que se aplique una tasa superior.

Por su parte el demandado solicita la aplicación de lo establecido en el art. 8 del Decreto 214/02.

Sostiene el actor que no resulta aplicable al caso de marras la legislación de emergencia referida por el Sr. juez en el pronunciamiento apelado. Que las cuestiones resueltas en los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia a los que alude el sentenciante –“Massa”, “Rinaldi”, “Gri-

llo” y “Longobardi”– no resultan similares a la controvertida en este proceso.

En tal sentido sostiene que, dadas las particularidades del caso, al no haberse celebrado la escritura antes aludida, el demandado debería contar con el dinero depositado en la escribanía, en la misma moneda en que le fue entregado, sin haberlo utilizado en su beneficio ni en el de terceros. Expresa que la aplicación en la especie de la teoría del esfuerzo compartido redundaría en un injustificado beneficio para el demandado.

Adelanto que asiste razón al recurrente.

Es que aunque se trate de un reclamo determinado en dólares estadounidenses, juzgo que no resulta aplicable en el caso la normativa de emergencia que regula la pesificación (Ley 25.561, Decreto 214/02, etc.), pues la situación referida anteriormente, esto es la entrega al escribano de una suma de dinero que debía ser objeto de un mutuo hipotecario a celebrarse con posterioridad, debe identificarse con la figura del depósito irregular por cuanto la interpretación de la voluntad de las partes resulta concluyente en el sentido de que el actor, al constituir el depósito, lo hizo en los términos de art. 2.189 del Código Civil, es decir, transmitiendo la propiedad de los dólares con la consiguiente obligación del depositario de restituir el importe que no fue destinado a la operación prevista en la misma especie y calidad en que le fue entregado (en tal sentido, CNCiv., Sala “A”, octubre 18/2006, “Rullo, E. c/ Y. A. E.”, cita online AR/JUR/6779/2006).

De ahí que por resultar inaplicables en el caso las normas de emergencia, la condena debe determinarse en la suma U\$S20.000 o en el importe equivalente

en pesos al valor del dólar libre a la cotización de la fecha en que se efectúe el pago.

Ahora bien, admitida la indemnización en valor dólar debe adecuarse la tasa de interés a las que se aplican a las obligaciones determinadas en esa moneda, por lo cual propongo la establecida en distintos fallos de este Tribunal para obligaciones fijadas en dólares estadounidenses o su equivalente en pesos, esto es, la del 6% anual.

IV. Daño moral: Se agravia el actor por cuanto el sentenciante rechazó la indemnización reclamada en concepto de “daño moral”.

Es de recordar el daño moral no se presume cuando media un incumplimiento contractual, porque se entiende que las molestias causadas por esta circunstancia son extremos previsibles a la hora de contratar, lo cual no impide tenerlo por configurado cuando se hubiese producido prueba que evidencie la necesidad de reparar aquella afección espiritual que excede lo que normalmente se entiende como habitual o frecuente (conf. Parellada, Carlos A. en Kelmelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil*, p. 356, Rubinzal-Culzoni).

La indemnización por daño moral está prevista en el ámbito contractual a través de la directiva contenida en el art. 522 del Código Civil. Sin embargo, la admisibilidad de este rubro en el incumplimiento contractual es facultativa para el juez, pues dicho precepto no le impone la necesidad de hacerlo. De allí que se haya sostenido que, en este ámbito, este resarcimiento deba ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender reclamos

que correspondan a una susceptibilidad excesiva o que carezca de significativa trascendencia jurídica, máxime cuando el daño que se deriva del incumplimiento es exclusivamente en las cosas (conf. Sala “F”, agosto 5/2005, “Padin Míguez, J. c/ Lareo Real, R. s/ cobro de sumas de dinero”, L. 424.919).

Concordantemente, esta Sala ha resuelto que no cabe hablar de daño moral indirecto cuando el perjuicio directo es exclusivamente patrimonial, o sea un menoscabo de orden puramente material que no ha comprometido intereses patrimoniales del damnificado en las cosas. A pesar de que todo daño patrimonial acarrea inconvenientes o molestias, éstas por sí solas no configuran daño moral (conf. Zabala de González, “Daño moral por lesión de los bienes patrimoniales”, *La Ley*, 1985-B, 968 y en Bueres-Highton, *Código Civil comentado*, t. 3-A, comentario al art. 1078, pp. 178 y ss.) (Conf. CNCiv., Sala F, marzo 8/2011, “Ghio, Ana María c/ Maxim Software S. A.”, *La Ley Online* AR/JUR/4981/2011).

En la especie, aunque se ha acreditado el perjuicio patrimonial padecido por el actor a raíz de la retención indebida del dinero objeto de autos por parte del escribano demandado, advierto que los daños sufridos no revisten entidad como para justificar una reparación en concepto de daño moral, siendo insuficientes a tal fin los desagradados o molestias que pueda haber padecido el demandante.

Consecuentemente voto por confirmar este aspecto del pronunciamiento.

V. El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires se queja, porque el magistrado hizo extensiva la condena

contra el fondo fiduciario de garantía del referido colegio omitiendo expedirse sobre la excepción de falta de legitimación pasiva oportunamente interpuesta por su parte.

Sostiene el recurrente que el fondo de garantía antes aludido solo debe responder por los daños y perjuicios causados con motivo del ejercicio de la función notarial; que el hecho que motivó la presente litis fue realizado por el escribano L. como particular y no al prestar un servicio propio de la función notarial; que la Ley Notarial prohíbe el ejercicio del comercio y que tal prohibición comprende a la intermediación financiera.

Conforme lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley 404/2000 de la CABA, el fondo fiduciario de garantía responderá por las obligaciones de los escribanos en forma subsidiaria por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de la función notarial o por el incumplimiento de las leyes fiscales en los casos en que actuaren como agentes de retención.

En un caso análogo al presente (CNCiv., Sala F, agosto 15/2003, "Guerra, Claudio c/ Prato Murphy, Carlos s/ daños y perjuicios", L. 368.764) esta Sala ha sostenido que si, como aconteció en la especie, no se llevó a cabo escritura alguna, un mero recibo otorgado por un escribano no pone en juego su función fedataria.

Es que, conforme se expresó en el mencionado fallo, si bien la función notarial es compleja, coexistiendo con la labor fedante o autenticadora, tareas de asesoramiento, de creación y elaboración jurídica, de recopilación de antecedentes y certificaciones, confección de instrumentos, etc., todos esos quehaceres están relacionados con una función do-

documentadora-jurídica fedataria, que no incluye recibir anticipadamente el dinero que deben pagarse las partes en el acto notarial. Pues el depósito en manos del escribano de una suma para una futura inversión hipotecaria –sin entrar a juzgar si tal actividad es o no lícita, pues no hace a la solución del caso– es extraña a su función documentadora-fedataria. El escribano toma el dinero bajo su responsabilidad personal y no funcional.

Consecuentemente, por las razones antedichas, voto por modificar este aspecto de la sentencia de grado, admitiendo la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Colegio Público de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, revocando la condena en su contra.

Habiéndose dejado sin efecto la condena contra el fondo fiduciario de garantía del Colegio de Escribanos deviene abstracto expedirse sobre los agravios de este último relativos a la tasa de interés y a la distribución de las costas del proceso.

En mérito a lo expuesto, voto por confirmar la sentencia de fs. 271-90 en lo sustancial que decide y modificarla en cuanto al monto de la condena, el que se determina en la suma U\$S 20.000 o en el importe equivalente en pesos al valor del dólar libre a la cotización de la fecha en que se efectúe el pago, con intereses desde la fecha indicada en el pronunciamiento de primera instancia hasta el efectivo pago a la tasa del 6 % anual. Asimismo, se deja sin efecto la condena contra el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires como administrador del fondo fiduciario de garantía. Con costas de alzada a cargo de la demandada que resultó vencida en el proceso (art. 68 del Código Procesal).

Por análogas razones, el doctor Posse Saguier votó en igual sentido que el Dr. Galmarini.

El Dr. Zannoni no votó por hallarse excusado.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 271-90 en lo sustancial que decide y modificarla en cuanto al monto de la condena, el que se determina en la suma U\$S 20.000 o en el importe equivalente en pesos al valor del dólar libre a la cotización de la fecha

en que se efectúe el pago, con intereses desde la fecha indicada en el pronunciamiento de primera instancia hasta el efectivo pago a la tasa del 6 % anual. Asimismo, se deja sin efecto la condena contra el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires como administrador del fondo fiduciario de garantía. Con costas dealzada a cargo de la demandada. El Dr. Eduardo A. Zannoni no suscribe por hallarse excusado. Notifíquese y devuélvase. *José L. Galmarini. Fernando Posse Saguier.*

Fondo de garantía del Colegio de Escribanos

Irresponsabilidad por actos del escribano ajenos a su función*

Ezequiel Cabuli

Sumario: Introducción. 1. El caso. Fundamentos esenciales. 2. Aspectos de la función notarial. 3. Conclusión.

Introducción

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires es una institución civil que agrupa a los escribanos que ejercen su función en tal demarcación. La Ley 12.990 encomendó a dicha entidad la dirección y vigilancia del notariado (*Adla*, VII-302). A su vez, la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (*Adla*, LX-D, 4603) y su decreto reglamentario regulan el ejercicio de la función notarial y la profesión de escribano.¹

Con el objetivo de garantizar el correcto desempeño de los matriculados, el Colegio de Escribanos, en virtud de las facultades conferidas por ley, organizó un sistema de control sobre la actuación de los fedatarios. Este control incluye inspecciones

* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, n° 102, año LXXVI, 1/6/2012, pp. 3-4. [N. del E.: para su inclusión en la *Revista del Notariado*, el autor ha modificado el contenido de algunas de las notas al pie de página].

1. Ver nota extendida en p. 250.

a los colegiados a efectos de corroborar el correcto ejercicio de su función, incluso los aspectos relacionados con obligaciones fiscales derivadas de su carácter de agentes de retención de impuestos. Como consecuencia de este control, los escribanos que han violado alguna disposición legal o reglamentaria sufren sanciones que van desde un simple apercibimiento o sanción económica hasta su destitución y baja de matrícula en casos en que la falta cometida compromete aspectos esenciales de su actividad. Como podemos apreciar, la función encomendada por ley tiene un objetivo concreto: garantizar a los requirentes un servicio eficaz, que brinde seguridad y confianza a la comunidad.

No obstante los controles que ejerce la institución sobre sus integrantes, la Ley 404, siguiendo lineamientos de la 12.990, estableció un sistema de protección adicional para garantizar a los requirentes del servicio notarial un respaldo económico al perjuicio que pueda ocasionarles una eventual mala praxis. El fondo de garantía del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires está constituido por aportes mensuales de todos los colegiados. Su destino es solventar subsidiariamente los eventuales perjuicios económicos que pueda generar un escribano en ocasión de ejercer su función. Dicha imputación de responsabilidad funciona como garantía para la reparación del daño, en los casos en que el escribano sentenciado a pagar no pueda cubrir con su patrimonio el total del monto atribuido. La Ley Notarial establece, como condición de ejecución del dinero del fondo, que los daños y perjuicios sean 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.²

Antes de entrar en el análisis particular del fallo, resulta esencial destacar algunas características fundamentales del fondo: en primer lugar, no es ilimitado. Para cada caso que sea reclamado, el mismo cubrirá hasta una suma que no exceda el cincuenta por ciento del total acumulado. Si la suma reclamada supera ese cincuenta por ciento, el importe se agotará con la suma que a ese momento equivalga a la mitad de esos fondos. En segundo lugar, podemos destacar que el fondo en ninguna forma se confunde con el patrimonio de la institución. Es decir que, ante la insuficiencia del mismo, nada podrá obtener el reclamante.

2. Ver nota extendida en p. 251.

Lo señalado en el párrafo anterior responde a la seriedad con que debemos establecer los límites al ejercicio de este mecanismo legal. No debemos olvidar que el límite para la utilización del fondo se refiere estrictamente a conductas inherentes a la función notarial, quedando excluida cualquier otra que realice un escribano en su vida privada que no tenga relación alguna con la función notarial encomendada por la ley. El riesgo de la utilización indiscriminada de este fondo para casos que no correspondan implica que este pueda agotarse en perjuicio de futuros damnificados legítimos.

1. El caso. Fundamentos esenciales

El escribano L. es demandado por desviar fondos originariamente depositados bajo su guarda para ser invertidos en una operación de mutuo con garantía hipotecaria. Se hace extensiva la demanda al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en su carácter de administrador del fondo fiduciario de garantía establecido por la Ley Notarial.

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires se queja porque el magistrado hizo extensiva la condena contra el fondo fiduciario de garantía del referido Colegio, omitiendo expedirse sobre la excepción de falta de legitimación pasiva oportunamente interpuesta por su parte.

La Cámara considera que el fondo de garantía solo debe responder por los daños y perjuicios causados con motivo del ejercicio de la función notarial; que el hecho que motivó la presente litis fue realizado por el escribano L. como particular y no al prestar un servicio propio de la función notarial. Asimismo, la Ley Notarial prohíbe el ejercicio del comercio y tal prohibición comprende la intermediación financiera.

La Cámara, con mucho atino, también consideró que la recepción de dinero por parte de un escribano en concepto de depósito para futuros mutuos hipotecarios no puede significar una conducta que está incluida dentro del ejercicio de la función notarial, necesaria para activar el mecanismo de garantía del fondo. En tal virtud, deja sin efecto la condena contra el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires como administrador del fondo fiduciario de garantía.

2. Aspectos de la función notarial

El escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública; la actividad más importante que practica es la de suministrar lo que denominamos *fe pública*, es decir, dar autenticidad de lo que ante él ocurre. Es el encargado de que las relaciones entre los particulares se realicen en un marco de legalidad y de legitimación. La actividad específica que desarrolla un escribano está plasmada en los artículos 20 a 23 de la Ley Notarial 404.

No es objeto del presente trabajo explicar cada una de las actividades que realiza el escribano; lo que sí tenemos que analizar para comentar el fallo es la recepción de fondos que realiza el escribano para invertir en futuros mutuos. Se trata de una actividad de intermediación financiera que no está comprendida en la competencia material del escribano.

Una mala práctica judicial ha venido justificando la aplicación del fondo del Colegio a casos como el presente. Sus argumentos se basaron en una errónea interpretación del artículo 21 de la Ley Notarial, que en su parte pertinente dice:

En ejercicio de tal competencia, los escribanos de registro pueden:

[...]

c) Expedir certificados sobre:

I) Existencia de personas, cosas o documentos.

II) Asientos de libros de actas, de correspondencia u otros registros, pertenecientes a sociedades, asociaciones o particulares.

[...]

IV) Recepción de depósitos de dinero, valores, documentos y otras cosas.³

El artículo 21 mencionado en el párrafo anterior refiere exclusivamente a los certificados que emite un escribano respecto de circunstancias que percibe con sus sentidos y le solicitan que deje constancia de las mismas. Puede, a modo de ejemplo, certificar la existencia de determinadas personas o domicilios, de remisión de correspondencia o libros de actas entre otros. Al referirse a expedir certificado de depósito de dinero o valores, no debe confundirse con la actuación del escribano como depositario de dinero para ser invertido en mutuos hipotecarios. Esta circunstancia en ningún modo constituye el ejercicio de la función notarial de la que pueda dejarse constancia en un certificado. Lo

3. Ver nota extendida en p. 251.

que la Ley 404 autoriza es que puede expedir certificados acerca de los depósitos, en forma funcional, como cualquier otro certificado.

Algunos antecedentes en los cuales se sostuvo la responsabilidad del fondo de garantía han también argumentando que existen otras situaciones, como ciertos actos ilícitos intencionales que pueden estar tan razonablemente conectados con el empleo como para estar dentro de su incumbencia:⁴

El motivo del daño debe ser el ejercicio de la función y no la función misma. El acto dañoso debe ser concebido como integrando la esfera aparente de la incumbencia para responsabilizar al fondo de garantía...

Creemos que el simple hecho de valerse de la investidura notarial y la confianza que se deposita en un escribano por la condición de tal no implican que el fondo de garantía deba responder en todos los casos. A modo de ejemplo, si en un consorcio de copropietarios se designa presidente del consejo de administración a un vecino que es escribano por ser *para el común de la gente, persona de confianza* o porque *siempre ha bregado por mantener incuestionada su imparcialidad* y luego su accionar ocasiona grandes perjuicios al consorcio y a terceros, no resulta lógico ni razonable que el fondo de garantía responda por su negligencia o malicia. Debe limitarse a casos concretos la utilización del fondo.

Compartimos la postura que sostiene que, una vez que se ha delimitado y se ha establecido qué actividades del notario pertenecen a su ejercicio funcional, corresponde vincular solo a esas actividades la aplicación del fondo de garantía. 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.⁵ Dentro de las exclusiones se encuentran no solo las actividades que nada tienen que ver con el ejercicio notarial, como ser 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

4. SOLARI

COSTA, Osvaldo,
"Responsabilidad del Colegio de Escribanos por la actuación de sus colegiados", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, n° 76, 21/4/1999, tomo 1999-B, p. 575, y en Trigo Represas, Félix A. (dir) y Leiva Fernández, L. P. (coord.), *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. 1936-2007*, tomo 5, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 1129.

5. CNCiv., Sala D, 12/2/2009, "M., R. A. c/ M. K., F. y otros s/cobro suba de dinero", en *La Ley Online*, AR/JUR/1729/2009.

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.

Adherimos a esa postura, apoyada por importantes antecedentes que opinaron que

Corresponde rechazar la demanda promovida contra el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en su carácter de administrador responsable del fondo fiduciario de garantía, en virtud de la apropiación por un notario de dinero recibido para su colocación en mutuos hipotecarios, ya que se trata de una actividad de intermediación financiera incompatible con la función notarial, y según lo establecido en el art. 15 de la Ley 12.990 y en la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, el citado fondo responde exclusivamente por los daños causados con motivo de actos realizados en ejercicio de dicha función.⁶

Este fallo que comentamos pone fin a la reiterada y errónea interpretación que venía haciendo la jurisprudencia sobre este tema particular. El fundamento, que ha sido originariamente interpretado en el fallo “Siniscalchi” y luego sistemáticamente repetido por la jurisprudencia, tiene origen en una interpretación totalmente falsa y errónea de la página 505 del libro de los autores estadounidenses Prosser y Keaton *On torts*.⁷ A modo de exposición del mal uso de esa cita, transcribimos el pasaje del fallo mencionado:

... en el que se menciona el voto del Dr. Racimo *in re* “Martínez, Nelly A. c/ Di Fonzo, Alejandro A. s/interrupción de prescripción” (del 26/06/07), quien, al realizar un exhaustivo examen de las normas legales que rigen la actividad notarial, para llegar a lo dispuesto por el art. 158 de la Ley 404, que establece la responsabilidad del fondo de garantía por los daños y perjuicios causados con motivo de actos realizados en el ejercicio de la función notarial, sostuvo que “la inserción de las expresiones destacadas permite abarcar otras situaciones como ciertos *actos ilícitos intencionales que pueden estar tan razonablemente conectados con el empleo como para estar dentro de su incumbencia* [...] El mo-

6. CNCiv, Sala D, 12/2/2009, “M., R. A. c/ M. K., F. y otros s/cobro suba de dinero”, en *La Ley Online*, AR/JUR/1729/2009 (sumario n° 2).

7. PROSSER y KEATON, *On torts*, St. Paul, Minn., 2004, p. 505.

tivo del daño debe ser el ejercicio de la función y no la función misma. El acto dañoso debe ser concebido como integrando la esfera aparente de la incumbencia para responsabilizar al fondo de garantía [...]”. Comparto el criterio transcrito...⁸

Si tomamos la cita en español del libro relacionado,⁹ vemos que se refiere a una situación totalmente distinta, relacionada con la evolución jurisprudencial de la atribución de responsabilidad del empleador sobre los hechos del dependiente. Vemos claramente que se trata de un supuesto totalmente diferente que nada tiene que ver con el ejercicio de la función notarial conforme la ley que regula su ejercicio. Afortunadamente, esta mala práctica ha sido superada en el presente fallo.

3. Conclusión

Como adelantamos en el análisis del presente fallo, creemos que la atribución económica al fondo de garantía del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires no responde ni al espíritu ni al texto de la norma. El artículo 158 de la Ley 404 es claro y específico al señalar que los daños que debe respaldar subsidiariamente el fondo de garantía son los generados por violación a los deberes del escribano en la órbita de su función y no fuera de estos supuestos.

Recibir dinero en depósito para aplicar a futuros mutuos constituye una actividad de intermediación financiera, totalmente ajena e incompatible a la función notarial. No existe ley ni disposición alguna que atribuya esas determinadas facultades al escribano, quien deberá responder individualmente por las actividades extranotariales que realice.

Debemos destacar que el reclamo judicial de la utilización del fondo de garantía no perjudica de ninguna forma al Colegio de Escribanos, que ya tiene asignados esos fondos para responder. El riesgo de la utilización indiscriminada de este limitado fondo para casos que no correspondan implica que este pueda agotarse, en serio perjuicio de futuros damnificados legítimos.

Notas extendidas

8. CNCiv., Sala H, “Siniscalchi, Jorge Armando c/ B. de B., A. M. y otro”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, n° 11, tomo 2010-XI, p. 120 (ver nota a fallo: CABULLI, Ezequiel, “Límite necesario a la utilización del fondo de garantía notarial” [pp. 120-127]). [El destacado es nuestro].

9. Ver nota extendida en p. 251.

1. Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 2: “La agrupación de los notarios que actúen en el territorio a que refiere el artículo 1 se realiza por intermedio del

‘Colegio de Escribanos’ de la Ciudad de Buenos Aires, institución civil fundada el 7 de abril de 1866, a la que la Ley 12.990 encomendó la dirección y vigilancia del notariado, que continúa funcionando con sede en esta ciudad y que tiene el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas”.

2. Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 158: “Créase un fondo fiduciario de garantía constituido por el aporte de los escribanos de registro, titulares, adscriptos, 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. En los casos de los incisos precedentes se subrogará en los derechos del acreedor y reclamará el reintegro correspondiente. Sólo podrá ser citado a juicio por la parte actora. El fondo de garantía sólo responderá, en cada caso, hasta una suma que no exceda el cincuenta por ciento de los fondos que lo integren. En los casos en que la suma requerida excediere esa proporción, la obligación de pago del fondo de garantía se agotará con la entrega de la suma que ese momento equivalga a la mitad de aquellos fondos. Si con posterioridad se recompusiere, el nuevo fondo no podrá ser aplicado al pago de las obligaciones que lo hubieren consumido. Excepto en los casos previstos en este artículo, el fondo de garantía será inembargable”.

3. Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 21: “En ejercicio de tal competencia, los escribanos de registro pueden: a) certificar firmas o impresiones digitales puestas en su presencia por personas de su conocimiento coetáneamente al acto de certificación y legitimar la actuación del firmante. b) Autenticar copias totales o parciales y autorizar testimonios por exhibición o en relación. c) Expedir certificados sobre: I. existencia de personas, cosas o documentos; II. asientos de libros de actas, de correspondencia u otros registros, pertenecientes a sociedades, asociaciones o particulares; III. la remisión de correspondencia y documentos por correo, tomando a su cargo la diligencia de despacharlos; IV. recepción de depósitos de dinero, valores, documentos y otras cosas; V. el alcance de representaciones y poderes; VI. la autenticidad de fotografías, reproducciones o representaciones de imágenes, personas, cosas o documentos que individualice; VII. vigencia y contenido de disposiciones legales; VIII. documentos que se hallen en trámite de otorgamiento o de inscripción; IX. contenido de expedientes judiciales. d) Labrar actas de sorteo, de reuniones de comisiones, asambleas o actos similares; de protesta, de reserva de derechos, de presencia, de notificación, de requerimiento, de comprobación de hechos, de notoriedad o de protocolización. e) Exigir la presentación o entrega de toda la documentación necesaria para el acto a instrumentar. f) Extender, a requerimiento de parte interesada o por mandato judicial, copias testimoniadas o simples y extractos de las escrituras otorgadas o traslados de sus agregados, cuando el protocolo en el que se hallen insertas se encontrare a su cargo. g) Certificar el estado de trámite de otorgamiento de todo tipo de documentos cuya confección le hubiere sido encomendada, así como, en su caso, el de la pertinente inscripción. h) Realizar inventarios u otras diligencias encomendadas por autoridades judiciales o administrativas que no estuvieren asignadas en forma exclusiva a otros funcionarios públicos”. [Texto vigente a la fecha del fallo. Posteriormente, el artículo fue modificado por la Ley 3933, sancionada el 6/10/2011, promulgada el 7/11/2011 y publicada en el B. O. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 17/11/2011].

9. Traducción al español de la p. 505 de la obra mencionada (cfr. nota 7): “La tendencia ha sido reconocer un número de factores que afectan el resultado y varían con las circunstancias. Esencialmente, esta es una cuestión con más o menos variaciones, teniendo siempre en cuenta que el empleador debe ser responsable de lo que razonablemente se considere un riesgo de su actividad. Se ha sugerido que esas cuestiones deben ser determinadas por la conveniencia con la cual el empleador puede obtener un seguro de

responsabilidad civil para cubrir el riesgo, pero, en la práctica actuarial real, esto parece ser impracticable.

Los fallos anteriores, en respaldo de la ficción de una 'orden implícita' del empleador, se negaban a determinar la responsabilidad del empleador por el acto ilícito intencional o 'doloso' del empleado, alegando que no podía inferirse que esa conducta había sido alguna vez autorizada. Sin embargo, conforme a las teorías modernas de asignación del riesgo de la inconducta del empleado, se ha reconocido que aun los *actos ilícitos intencionales pueden estar tan razonablemente vinculados al empleo como si estuvieran comprendidos en su 'alcance'*, y la tendencia actual es extender la responsabilidad del empleador por esa conducta. Aquí, nuevamente, por razones de espacio, este tema no puede ser ampliamente debatido. Puede decirse, en general, que el empleador es responsable de cualquier acto ilícito intencional cometido por el empleado cuando su finalidad, aunque distorsionada, sea total o parcialmente promover la actividad del empleador. En consecuencia, será responsable cuando su chofer de ómnibus empuje al ómnibus de la competencia a una zanja, o ataque a un pasajero que no ha pagado su pasaje para bajarlo del ómnibus, o cuando un vendedor formule manifestaciones dolosas sobre los productos que vende, o difame a un competidor o menosprecie su producto, o cuando el empleado recurra al encarcelamiento ilegal o a la promoción de una acción legal con motivos ilícitos, para lograr un propósito similar". [El destacado es nuestro].

Versión original en inglés: "The tendency has been to recognize a number of factors as affecting the result, which vary with the circumstances. Essentially the question is one of major and minor departures, having always in mind that the employer is to be held liable for those things which are fairly to be regarded as risks of his business. It has been suggested that such questions ought to be determined by the convenience with which the employer may obtain liability insurance to cover the risk, but as a matter of realistic actuarial practice it appears that this may be unworkable.

Early decisions, adhering to the fiction of an 'implied command' of the master, refused to hold him liable for intentional or 'willful' wrongdoing on the part of the servant, on the ground that it could not be implied that such conduct was ever authorized. Under modern theories of allocation of the risk of the servant's misbehavior, however, it has been recognized that even intentional torts may be so reasonably connected with the employment as to be within its 'scope', and the present tendency is to extend the employer's responsibility for such conduct. Here again space does not permit any extended discussion of the subject. It may be said, in general, that the master is held liable for any intentional tort committed by the servant where its purpose, however misguided, is wholly or in part to further the master's business. Thus he will be held liable where his bus driver crowds a competitor's bus into a ditch, or assaults a trespasser to eject him from the bus, or a salesman makes fraudulent statements about the products he is selling, or defames a competitor or dispar...".