

S.C. S N° 303; L. XLVI

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala H– que revocó el pronunciamiento del juez de grado, admitió la citación a juicio del fondo fiduciario creado por el art. 158 de la ley 404 (C.A.B.A.), y le extendió la condena en los términos de dicho precepto, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires –en su carácter de administrador de aquel fondo–, interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria da lugar a la presente queja (v. fs. 511/514, 530/540 y 555 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en adelante).

-II-

Para así decidir, la Sala tuvo principalmente en cuenta que: (i) La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad de Buenos Aires define claramente como de incumbencia profesional la recepción de depósitos de dinero (art. 21 inc. "c" ap. IV), circunstancia que fue admitida por la defensa del respectivo Colegio. (ii) Por ende, el depósito de autos –documentado mediante recibos con membrete de la escribanía–, constituye un acto realizado dentro de la competencia notarial, comprometiendo así la responsabilidad subsidiaria del fondo de garantía (art. 158 de la ley 404). (iii) La demanda no se basa en el incumplimiento de un mandato prohibido por la ley (que, en la postura del Colegio, constituiría una causa ilícita), pues no se solicita la reparación de los daños producidos por la falta de inversión de los importes respectivos, sino que sólo persigue su restitución. (iv) Por lo demás, no se ha probado que la notaria cobrara comisión o remuneración por la gestión, aparte del honorario por la autorización de las hipotecas. (v) Las operaciones documentadas en los recibos de marras, no involucran de por sí una causa ilícita sancionada por el art. 502 del Código Civil. (vi) Si bien existe jurisprudencia y doctrina en contrario, los integrantes del

tribunal comparten la postura según la cual el daño debe provenir del ejercicio de la función y no de la función misma; esto es que, para responsabilizar al fondo de garantía, el acto dañoso debe ser concebido como integrando la esfera aparente de actuación profesional. (vii) El depósito es un contrato de confianza y el notario, por su condición misma, genera apariencia de seguridad, de modo que –más allá de que la intermediación entre acreedores y deudores excede el marco de su desempeño– quien acude a solicitar los servicios de un escribano lo hace fiándose de tal investidura. (viii) No se trata de asuntos claramente ajenos a la función notarial (v.gr., daños producidos por un accidente de tránsito), sino de relaciones en las cuales la demandada intervino por años ostentando su calidad profesional, con la consecuente confianza que ello generó en el actor. (ix) Esa lectura se ve reforzada por el fallo recaído en sede penal, según el cual el delito se consumó a través del desempeño abusivo de la profesión de escribano público, así como que –ante el cariz de seguridad de ese ámbito– los inversores se vieron persuadidos a encomendar su capital. (x) Si se tiene en cuenta que la responsabilidad del fondo fiduciario es subsidiaria, se advierte que la finalidad no es la de proteger a los matriculados a modo de seguro, sino a los terceros que resultan perjudicados con motivo de la actuación de aquellos como tales.

En definitiva, el fallo impugnado concluye que el mecanismo del art. 158 se activa frente a los daños causados por actos realizados por los escribanos en ejercicio de sus funciones, por actos que sean de su aparente incumbencia funcional o por actos que se encuentren directamente vinculados con esa calidad.

-III-

La apelación federal sostiene que la sentencia es arbitraria, sustancialmente porque: (i) Vulnera el debido proceso y la defensa en juicio, en tanto omite la real consideración de las constancias de la causa, condenando a su parte por los perjuicios causados por un actuar no profesional, ajeno por tanto a la función notarial. (ii) Fue dictada <sup>2</sup>

S.C. S N° 303; L. XLVI

*Procuración General de la Nación*

*contra legem*, apartándose de la normativa legal y tergiversándola al interpretarla en un sentido distinto del que resulta de ella, con ofensa de las reglas de la lógica. (iii) La ley 404 ha puesto como condición *sine qua non* que el acto garantizado se realice "en ejercicio de la función notarial". Esta prescripción tiene un significado preciso y determinado, puesto que el objeto del fondo es cubrir los eventuales daños producidos por aquel obrar y no por negocios incompatibles o prohibidos. (iv) Es requisito indispensable para que opere la responsabilidad fiduciaria del Colegio, el análisis de la función notarial que no puede ser expandida discrecionalmente vía judicial. No hay más actos notariales que los que la ley consagra y los tribunales no deben ampliarlos, arrogándose facultades legislativas. (v) La circunstancia fáctica de haber recibido dinero no convierte al suceso en una actuación llevada a cabo "en ejercicio de la función notarial", dado que – tal como surge del texto de cada uno de los recibos– la relación reconoce una causa-fin ilícita: que el importe fuera invertido a su libre arbitrio por la escribana en contratos de mutuo, intervención vedada por el art. 17 inc. "c" de la ley 404. (vi) Esa ilicitud en la etapa generativa ocasiona que la obligación carezca de efectos respecto del fondo fiduciario, por ser contraria a la solución consagrada por el citado art. 17 (arg. arts. 502, 14, 2, 22, 953, 1066 y concs. del Código Civil). (vii) Según rezan los recibos agregados al expediente, los dólares fueron entregados y recibidos para ser aplicados a operaciones de mutuo, esto es, para ser invertidos y no para reintegrarlos cuando le fuese requerido, de modo que fueron tomados bajo la responsabilidad personal de la codemandada y no en una actividad profesional. No es función notarial realizar inversiones por cuenta de terceros, dato fáctico que la sentencia soslaya y cuyo alcance no varía por haberse extendido los recibos en papel membretado. (viii) La teoría de la apariencia exige que la situación de hecho fuera objetivamente idónea para llevar a engaño a quien haya actuado de buena fe, cosa que no acontece autos. De allí resulta inadmisibile que el actor pretenda ser indemnizado, cuando la ley se presume conocida por todos y él mismo no era una persona ignorante de las prácticas propias de este tipo de operaciones. El

actor sabía o debía saber que la intermediación –que, tal como lo admite en la demanda, requirió a la escribana– era incompatible con la función notarial. (ix) La Cámara desagrega e ignora el hecho del destino del dinero, parcializando claramente el material fáctico y probatorio, porque la situación hubiese variado de no haberse establecido el objeto de las entregas. Al respecto, en la contestación de demanda se insistió en la incompatibilidad prevista expresamente por el mentado art. 17, restricción que ubica el problema en el plano de un contrato civil incumplido, con repercusiones para la receptora pero no para el fondo de garantía. (x) Eludir los hechos o interpretar la norma como lo hizo la Sala, legítima o cuando menos crea un puente para que terceros estafen inescrupulosamente y sin limitaciones al fondo que administra el Colegio de Escribanos, abriendo un cauce para que por la vía jurisprudencial se condene a ese fondo por operaciones financieras o de corretaje; consecuencia que los jueces debieron ponderar. (xi) La ley 404 –en cuanto faculta a los escribanos a recibir dinero en depósito– no puede aplicarse al recibo fechado 23/9/1999, momento en el que estaba vigente la ley 12.990, que no habilitaba ese tipo de actos. (xii) La interpretación armónica de los arts. 17 inc. c) y 158 de la ley 404 y los arts. 520 y 1066 del Código Civil, desemboca en una dirección distinta de la que toma la Sala cuando dice que los recibos no involucran de por sí una causa ilícita sancionada por el art. 502 de dicho cuerpo legal.

-IV-

En cuanto a la procedencia formal del recurso extraordinario, cabe puntualizar ante todo que el diferendo traído ante V.E. pone en juego normativa de índole esencialmente local y común. Con ello, el decisorio atacado no sería susceptible de revisión.

Empero, la circunstancia de que las impugnaciones se vinculen –reitero– con facetas en principio ajenas al recurso federal, no siempre resulta óbice para la habilitación de esta vía excepcional, puesto que cuando un tribunal superior, con afectación de derechos

S.C. S N° 303; L. XLVI

*Procuración General de la Nación*

amparados por la Carta Magna, realiza una lectura tal que equivale a relegar a la norma aplicable o se aparta de las reglas que hacen al debido proceso, procede la apertura de la instancia (arg. Fallos: 318:1378; 320:2455; 324:660; 326:1864, por remisión al dictamen de esta Procuración; 327:608, entre muchos otros).

-V-

A mi modo de ver, es esta última la situación que se presenta en autos. En efecto, no se discute aquí que el fondo de garantía constituye una reserva que actúa subsidiariamente frente a daños provocados a terceros, sino que el debate se suscita a la hora de determinar cuáles son los perjuicios comprendidos en el régimen que implementa el art. 158 de la ley local n° 404.

A ese respecto, la sentencia consagra el criterio según el cual –como ya se reseñó en el punto II– la responsabilidad del fondo opera frente a las consecuencias dañosas producidas por tres tipos de actos: a) los realizados por los escribanos en ejercicio de sus funciones; b) los que sean de su aparente incumbencia profesional; y c) los que se encuentren directamente vinculados con la calidad de notario público (v. esp. fs. 513 vta., segundo párrafo). Esta formulación devela, a mi juicio, una perspectiva hermenéutica arbitraria, desde que no da cuenta del texto legal, ni del marco en el que se inserta el instituto.

Digo esto porque el precepto específico no hace ninguna referencia a dos de los supuestos que los jueces dan por sentados como comprendidos en la estructura legal (aparición y directa vinculación con la función notarial). Por el contrario, el art. 158 sólo alude a una obligación que nace –en lo que aquí interesa– a partir de los daños causados con motivo de actos realizados “en ejercicio de la función notarial” (inc. a).

Esta última noción no fue estudiada con la profundidad del caso, a pesar de su notable presencia en la ley 404, que –precisamente– enuncia como su objeto específico la

regulación de aquel ejercicio (art. 1 [v. as. arts.12, 15, 17, 18, 29 y 59]); y, adicionalmente, enumera en su art. 20 las funciones notariales, sin incluir a la intermediación financiera, proscripta expresamente del ámbito de ese ministerio por el art. 17, inc. c). A esta altura, se observa de inmediato cómo el fallo admite que este tipo de gestiones excede el marco de la actuación notarial (fs. 512 vta. *in fine*), pero al propio tiempo afirma que las operaciones efectuadas no configuran "actos claramente ajenos" a ella (fs. 513, primer párrafo).

Por otro lado, el decisorio reputa a la relación jurídica subyacente como mero depósito, de donde considera que las operaciones entre el actor y la escribana son actos propios de la competencia notarial, en los términos del art. 21, inc. "c", ap. "IV". Sin embargo –más allá de obviar que no todas las transacciones se celebraron vigente esa norma–, la sentencia omite compatibilizar aquella tipificación con el tenor de las constancias que documentan el vínculo negocial, en tanto dan cuenta de la entrega de moneda extranjera para que la escribana la impusiera en contratos de mutuo indeterminados.

Pienso que la subsunción efectuada en el fallo debió justificarse minuciosamente, no sólo por su abierto contraste con el texto de la instrumental mencionada, sino –en primer lugar– porque es el mismo tribunal el que adopta como plataforma fáctica que la recepción del dinero lo fue en orden a su inversión a cargo de la escribana (fs. 511 vta., segundo párrafo del consid. IV). De otra parte, porque esa calificación no parece compadecerse con el relato proporcionado por el propio actor, quien en el escrito inicial reconoce que "se generó un verdadero encadenamiento de colocaciones de capital, cobro de intereses, amortizaciones parciales, cancelaciones y nuevas inversiones", describiéndose a sí mismo como cliente inversor de los escribanos y a éstos como sus asesores financieros (v. esp. fs. 55 cuarto párrafo, 55 vta. tercer párrafo, y 58 primer párrafo). Y, en tercer lugar, porque la tipificación tampoco se ajusta al encuadre del que se valieron los magistrados penales (v. esp. fs. 416 vta. supra, 417 segundo párrafo, 418 vta. supra y penúltimo párrafo, fs. 419 vta. segundo y tercer párrafo y 420 primer párrafo y 432 quinto párrafo de la causa

S.C. S N° 303; L. XLVI

*Procuración General de la Nación*

agregada), de modo que la Sala se valió fragmentariamente de la condena criminal, a la que sí recurrió para evaluar lo relativo al desempeño profesional del notariado, sin examinar en qué medida las consideraciones realizadas en esa sede debían incidir en el juicio civil.

En estrecha conexión con el tratamiento conferido a los predichos aspectos, el tema de la ilicitud de la causa –planteada por el Colegio, en virtud de la expresa restricción legal, como sustento de la falta de legitimación de su contraria para perseguir en juicio al fondo de garantía–, fue abordado con igual dogmatismo, ya que los jueces se restringieron a afirmar sin dar razón de su aserto que este punto “...resulta un argumento erróneo, pues en modo alguno las operaciones documentadas en los recibos de marras involucraban de por sí una causa ilícita sancionada por el art. 502 del Código Civil” (v. fs. 512, último párrafo).

Finalmente, este Ministerio no puede pasar por alto que el fallo identifica como finalidad del fondo “no... la de proteger a su matriculado a modo de seguro, sino a los terceros que resultan perjudicados con motivo de su actuación como tales” (v. fs. 513, penúltimo párrafo; el subrayado es mío). Como se ve de inmediato, esta idea remite directamente a la incumbencia profesional descrita por la ley –que no es, insisto, la intermediación financiera, vedada a los escribanos–; pero, además, resulta incongruente con la construcción conceptual esgrimida por la Sala en el sentido de que la apariencia confiable que suscitaría la imagen del notario –haya éste procedido estrictamente o no como tal–, deriva también en la responsabilidad del fondo.

-VI-

Según enseña desde antiguo V.E., los magistrados deben desentrañar la significación jurídica de las leyes, superando la rigidez de las pautas gramaticales, pero en su labor exegética están igualmente obligados a abstenerse de toda inteligencia que equivalga a prescindir del régimen aplicable (arg. Fallos: 316:814; 319:2476; 326:1864, por remisión al dictamen de esta Procuración).

Por otro lado, aun cuando el discurso judicial no tiene que seguir necesariamente a las partes en sus invocaciones jurídicas, examinando todos y cada uno de los elementos argumentativos y probatorios traídos al expediente, en la especie ha quedado en claro que el tribunal atendió a unos puntos e ignoró –sin fundamentos plausibles– otros de importancia, realizando una selección incongruente (arg. Fallos: 329:4133 y 4931, entre muchos otros).

En tales condiciones, la resolución impugnada no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, por lo que, al afectar las garantías constitucionales invocadas, estimo que debe hacerse lugar sin más al recurso interpuesto y descalificar el pronunciamiento en base a la doctrina de la arbitrariedad.

-VII-

Por consiguiente, opino que corresponde declarar procedente la queja, admitir el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y disponer que vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento.

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2011.

MARTA A. BEIRÓ de GONÇALVES  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de Justicia de la Nación

ADRIANA N. MARCHISIO  
Prosecutora Administrativa  
Procuración General de la Nación

8

21/10/11