

CONSIDERACIONES SOBRE UNA CLÁUSULA DEL CONTRATO DE SEGURO CONTRA LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ESCRIBANO*

Por **Hernán E. Gervasutti**

SUMARIO

I. Introducción. – II. Conceptos preliminares sobre la fe de conocimiento. – III. Desarrollo. – IV. Conclusiones.

I. Introducción

La prolífica doctrina y jurisprudencia que en torno a la fe de conocimiento ha tenido cabida en nuestro país y en el extranjero ha hecho que tal cuestión pueda considerarse virtualmente agotada. Ello en el sentido de que, en la actualidad, es reducido –aunque no inexistente– el margen que deja la misma para aportar ideas originales a las ya clásicas discusiones que alrededor de la fe de conocimiento giran.

No obstante ello, últimamente ha surgido una circunstancia que, por su novedad e incidencia en el ejercicio de la función notarial, merece ser analizada. Me refiero a la estipulación de una cláusula que, al menos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, está estableciéndose en las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional de los escribanos. La misma consiste en condicionar la cobertura de la compañía aseguradora a que el notario, en caso de sustitución de personas, hubiere utilizado como medio de dación de fe de conocimiento la impresión digital.

*Publicado en *Revista Universitaria La Ley* de noviembre de 2002.

En lo sucesivo se analizará la validez de dicha cláusula, toda vez que su generalización en las pólizas de seguro se proyecta no sólo sobre el incumplimiento del deber de indemnidad del asegurador, sino que puede traer aparejado el arraigo de una costumbre notarial que, con posterioridad, pueda ser considerada como *praeter legem*, terminando por responsabilizar a los escribanos en los estrados judiciales ante la ausencia de acatamiento de dicha costumbre.

En efecto, con la reforma hecha por la ley 17711 (*Adla*, XXVIII-B, 1810) art. 17, Cód. Civil, se consagró la costumbre como fuente de derecho “en situaciones no regladas legalmente”. Decía Llambías, citando a R. de Ruggiero, que la costumbre “es la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica”¹. Para el mismo autor, costumbre *praeter legem* “es la norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley”².

Pues bien, el modo en que los escribanos deben dar fe de conocimiento no está determinado por el Código Civil, ni por la ley orgánica notarial N° 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni por su decreto reglamentario N° 1624, de lo cual se desprende que estamos ante una situación no reglada legalmente. De comenzar los notarios a utilizar la impresión digital como medio para dar fe de conocimiento, no sólo con constancia y uniformidad, sino con la convicción de responder a una necesidad jurídica, se dejaría la puerta abierta a concluir, no ilógicamente, que dicha conducta implica una costumbre *praeter legem*. En ese sentido, la imposición por la compañía aseguradora de la mencionada cláusula contractual referente a la impresión digital contribuye peligrosamente a que se produzcan los requisitos necesarios para la configuración de la costumbre. Y ello es de una relevancia capital, pues puede conducir a que en el futuro los jueces consideren a la impresión digital como una costumbre que llena el vacío legal referente al modo de dar fe de conocimiento, con lo cual se contradiría el propósito de dicho silencio legal: dejar en manos del notario la elección de los medios adecuados para emitir el juicio de conocimiento.

II. Conceptos preliminares sobre la fe de conocimiento

Antes de abordar el tema que fundamenta el presente trabajo, es necesario formular algunas precisiones.

La fe de conocimiento, según una gran parte de la doctrina civilista y notarial, está referida a un problema de identidad de personas³, que requiere del es-

(1) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, pág. 68, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1995.

(2) Ídem nota anterior, pág. 73.

(3) Según el Código Civil comentado de Belluscio, pág. 597, suscriben esta posición Aráuz Castex, Machado, Neri, Piñón, Bollini y Gardey y Negri. Jorge Arévalo ha sostenido que “de una vez por todas se debe aceptar que se trata de un trabajo de individualización”; ver “La fe de conocimiento notarial, la interpretación actual y propuestas”, *Revista del Notariado* N° 833, pág. 209.

cribano un acto de ciencia propia traducido en su convicción de que el otorgante es la persona que por su nombre y apellido se expresa en el instrumento. Pero el juicio formulado no es absoluto, pues para que lo fuera —como se suele señalar—, sería necesario que el notario identificara a la persona desde el nacimiento hasta la comparecencia. Es por eso que la dación de fe de conocimiento engendra una presunción *iuris tantum*. Sin perjuicio de ello, se ha resuelto que la declaración del escribano de que conoce personalmente a las partes hace plena fe en cuanto a su identidad, pudiendo invocarse a su respecto el art. 993, Cód. Civil⁴.

Asimismo, la omisión del requisito de la fe de conocimiento consignada en la escritura pública acarrea la sanción disciplinaria del notario autorizante, no así la sanción de nulidad, dada la claridad del texto del art. 1004, Cód. Civil. No obstante ello, cierta jurisprudencia ha facultado a aquel a quien deben transmitirse derechos en virtud de la escritura, a exigir la subsanación del vicio⁵. No debe perderse de vista que si por la prescindencia de consignación de la fe de conocimiento se produce una sustitución de personas, el acto contenido en el documento notarial será nulo.

En orden a la responsabilidad civil del notario, y siendo el mismo un profesional del derecho en ejercicio de una función pública, la relación que surge entre él y los otorgantes está originada en un contrato de locación, por lo que su responsabilidad será de origen contractual, siendo extracontractual ante los terceros perjudicados. La posibilidad de que se materialice dicha responsabilidad ha originado que los escribanos contraten un seguro, en cuya póliza se suele insertar la cláusula que se tratará más adelante.

Por otro lado, el art. 1001 del Cód. Civil establece, en lo pertinente, que “el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes”. Como se ve, dicha prescripción no especifica puntualmente su sentido y alcance, ni establece los medios que el notario debe utilizar para cumplir con ella. Respecto a ello, puede decirse que actualmente es generalizada la doctrina y jurisprudencia que para conceptualizar la fe de conocimiento parte de la declaración aprobada por el II Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Madrid en 1950, según la cual “la certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela”⁶. Se otorga de esta manera una facultad discrecional al escribano en la elección de los medios para dar fe de conocer.

Dicha discrecionalidad parte de que no existe un solo medio válido en el juicio de conocimiento. Se ha dicho que los medios son dos: a) El directo, que

(4) CCiv. 1ª Cap., 23/IV/48, J.A., 1948-III-499; CCiv. 2ª Cap., 24/XII/24, J.A., 14-1163; CNCiv., Sala F, 16/X/62, *La Ley*, 108-873.

(5) CNCiv., Sala F, 16/X/62, *La Ley*, 108-874.

(6) Ejemplo del seguimiento de esta concepción lo constituye el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Gallegos Botto, María T. B. de y otros c. Provincia de Buenos Aires”, *Revista del Notariado* N° 738, Nov.-Dic. 1974, págs. 2339 y sigtes.

significa preexistencia del concepto, por cuanto al instante de producirse la dación de fe de ese conocimiento, el notario ya sabe que el sujeto es quien dice ser y no necesita de ninguna ayuda ajena para encaminar derechamente su mira sin intermediario alguno; b) El medio indirecto, donde no existe conocimiento anterior, sino necesidad de adquirirlo. Como no conoce a quienes ante él concurren, les pide a éstos toda clase de documentos y papeles y además estudia sus expresiones, sus gestos, realizando su proceso volitivo con ayuda de la psicología y de cuanto sistema conozca para llegar a la certeza. Estos medios no deben estar en la ley⁷.

Cabe manifestar que en la doctrina notarial, en forma “prácticamente unánime”, se considera la fe de conocimiento como un acto de ciencia propia, dejando en manos del notario la elección de los medios adecuados para llegar a la convicción y certeza sobre la identidad de los otorgantes⁸. Sin embargo, se ha resuelto la inadmisibilidad de emitir el juicio de conocimiento limitándose a la confrontación del documento de identidad⁹.

Con relación a la regulación legal, la doctrina ha manifestado que “resulta conveniente no limitar legalmente al escribano [...] la elección de los medios que le posibilitan la individualización de las personas”¹⁰, y que “convendrá en reformas legislativas futuras no establecer sistemas tabulados para la individualización de los otorgantes, porque la continua evolución de la tecnología presumiblemente ampliará el actual espectro de posibilidades y garantizará una mayor certeza”¹¹. Sí se ha propuesto reformar la ley vigente en el sentido de exigir, en la individualización, que el escribano tenga a la vista el documento de identidad del otorgante¹².

Queda claro entonces que el obrar diligente del notario al dar fe de conocimiento no depende de la utilización compulsiva de la impresión digital al dar fe de conocer. En lo que sigue se analizará la validez de la cláusula contractual que impone dicho requisito como condición del cumplimiento del deber de indemnidad de la compañía aseguradora.

(7) GONZÁLEZ, Carlos Emérito, citado por Rolandino en el comentario al fallo citado en la nota anterior, pág. 2346.

(8) BELLUSCIO, Augusto César, *Código Civil Comentado*, pág. 600.

(9) CNCiv., Sala D, 4/III/83. En este punto, Osvaldo Solari ha propuesto modificar el art. 1001 del Cód. Civil para eliminar el requisito de la fe de conocimiento, y reemplazar el art. 1002 por otro que prescriba la obligación de los otorgantes de individualizarse por medio de sus documentos. Pone el acento este autor en la ley 17671 (*Adla*, XXVIII-A, 212), que establece que la identidad de las personas debe probarse con el respectivo documento. Ello se expresa en su trabajo “Fe de conocimiento, necesidad de su abrogación”, publicado en la *Revista del Notariado* N° 806, págs. 1899 y sigtes.

(10) ARÉVALO, E. Jorge, “La fe de conocimiento notarial, la interpretación actual y propuestas”, *Revista del Notariado* N° 833, pág. 218.

(11) Ídem nota anterior, pág. 224.

(12) Instituto Argentino de Cultura Notarial –Academia Argentina del Notariado–, pág. 61, Fe de conocimiento.

III. Desarrollo

a) *Carácter de la cláusula tratada*

Para comenzar, es preciso establecer el carácter de la cláusula bajo análisis. Recordemos que a través de ella se condiciona la cobertura de la compañía aseguradora a que el notario, en caso de sustitución de personas, hubiere utilizado como medio de dación de fe de conocimiento la impresión digital.

Se ha dicho que “la delimitación del riesgo asegurado es la precisión de los alcances de la cobertura, es decir, los hechos que van a quedar comprendidos o excluidos”¹³. Se desprende entonces que la cláusula mencionada implica una delimitación del riesgo, pues se excluye de la cobertura la sustitución de personas mediando falta de impresión digital.

Asimismo, “las delimitaciones del riesgo pueden ser convencionales o legales. Las delimitaciones convencionales se configuran cuando el asegurador estipula expresamente de qué siniestros se va a hacer cargo y cuáles van a quedar excluidos, y pueden ser causales, objetivas, temporales o espaciales. Las delimitaciones causales son aquellas por las cuales el asegurador sólo va a cumplir su prestación si el siniestro ha sido causado por determinado hecho”¹⁴. Estamos entonces ante una delimitación convencional, pues la estipula el asegurador, siendo de carácter causal, ya que el asegurador sólo cumplirá su prestación si al producirse la sustitución de personas hubiere requerido el notario la impresión digital de los comparecientes –debe haber sido causada por un hecho que no fuese la falta de impresión digital–.

b) *Falta de impresión digital*: análisis sobre la posible aplicación de los arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros.

Entre las delimitaciones legales aplicables a casos de seguros de daños encontramos el dolo o culpa grave del asegurado en el acaecimiento del hecho que origina el siniestro. Tal lo prescripto por los arts. 70 y 114 de la ley 17418 de Seguros (*Adla*, XXVII-B, 1677)¹⁵. A este respecto, se ha sostenido que “se busca fomentar un razonable comportamiento antisiniestral del asegurado. La culpa grave se traduce en la falta de adopción de las mínimas diligencias que toda persona común y corriente adopta en función de la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de tiempo, persona y lugar, en el caso concreto

(13) GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario E., *Ley de Seguros, comentario y jurisprudencia*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 20.

(14) Ídem nota anterior. Se establece además que “las delimitaciones objetivas implican que el asegurador va a responder cuando el siniestro afecte a determinada persona o bien. Las delimitaciones temporales se refieren a la vigencia en el tiempo de la cobertura. Las delimitaciones espaciales limitan geográficamente el alcance del seguro”.

(15) Art. 70: “El asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado”. Con referencia al seguro de responsabilidad civil, establece el art. 114: “El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad”.

(arts. 512 y 902, Cód. Civil). Es decir, se trata de un descuido en que no se habría incurrido de no existir el seguro”¹⁶.

Respecto a lo antedicho cabe preguntarse si la falta de la impresión digital de los comparecientes implica culpa grave del notario en el acontecimiento del hecho –la sustitución de personas– que da lugar al siniestro –dado por la reclamación del tercero–. Opino que no. Es que la diligencia del notario al dar fe de conocimiento de ninguna manera está condicionada por la utilización de la impresión digital. Como se ha mencionado más arriba, la doctrina está conteste en afirmar que es facultad del escribano la elección de los medios adecuados para llegar a la convicción y certeza sobre la identidad de los otorgantes. De ello se desprende que puede tener cabida la utilización de la impresión digital, pues ésta constituye uno de esos medios, pero de allí a considerarla como condición *sine qua non* del actuar diligente del notario hay una gran distancia.

Se ha dicho que “los elementos que participan de la formación del juicio (de conocimiento) son humanos y materiales. Humanos serían el compareciente y el autorizante, siendo el primero el objeto de la investigación y el segundo o notario, el juzgador único y definitivo. En cuanto a los elementos materiales, abarcan una extensa gama de circunstancias, de entre las cuales podríamos comentar las siguientes: el aspecto físico del compareciente, algunos de los rasgos que lo caracterizan, las expresiones y hasta los gestos que dice o ejecuta delante del notario, documentos o papeles cualesquiera que acrediten su edad, nacionalidad, vecindad, etcétera. También el idioma ha de ser tomado en cuenta. Es frecuente la presentación del otorgante por otra persona”¹⁷. Obsérvese la gran cantidad de opciones que el notario puede utilizar, y que no se establece, ni legal ni doctrinalmente, un medio determinado que deba ser utilizado, de lo cual puede colegirse la inexistencia de culpa grave por la sola falta de la impresión digital, pues no se configuraría esa “manifiesta y grave despreocupación en la que no se hubiera incurrido de no existir seguro”¹⁸. En efecto, ¿puede sinceramente pensarse que de no haber contratado el seguro el notario cobraría esa “preocupación” utilizando la impresión digital como medio para dar fe de conocimiento? Considero que no, pues de darse la despreocupación del notario por estar asegurado, la misma no se reflejaría en la falta de utilización de la impresión digital, toda vez que el uso o no uso de este medio de dar fe de conocimiento depende más de una postura doctrinal y jurisprudencial tomada por el escribano que de una desatención suya.

Ahora bien, supongamos que la falta de utilización de la impresión digital es considerada no una postura tomada por el notario, sino una imprudencia suya al dar fe de conocimiento, ¿tendría esta imprudencia la entidad necesaria como para considerar grave la culpa del mismo? La respuesta negativa está da-

(16) Ídem nota (13).

(17) ROLANDINO, “Pautas en materias notariales”, comentario al fallo citado en nota (6).

(18) CNCom., Sala C, 16/XI/1995, “Hernández, Carlos c. Cía. Arg. de Seguros Providencia S. A. s/ ord.”.

da por un fallo en el cual se ha establecido, sobre la culpa grave, que “este factor eximente de responsabilidad será de interpretación restrictiva”, y que “para que se configure un supuesto de culpa grave su conducta (del asegurado) debe exceder la negligencia o imprudencia que son frecuentes en un determinado medio”¹⁹. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que la culpa grave –como causa legal de exoneración de responsabilidad de la aseguradora– resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso o, por lo menos, traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque éste no haya sido deliberadamente buscado por el sujeto²⁰. Resulta difícil pensar la falta de impresión digital como consecuencia de una grave despreocupación del notario, e imposible imaginarla como una circunstancia cercana a la intencionalidad en la producción del daño –causado por la sustitución de personas–. Pero ello no porque el escribano no pueda incurrir en esa despreocupación o intencionalidad, sino porque de existir las mismas, no se van a manifestar en la mentada falta de impresión digital.

c) *Un paréntesis*: hipótesis de exhibición del D. N. I. como medio para dar fe de conocer

En el caso del D. N. I. podría llegar a encontrarse algún argumento que sostuviese la obligatoriedad de su presentación para considerar diligente el obrar del escribano, e inclusive podría pensarse en la culpa grave como consecuencia de la no utilización de este medio, aplicándose los arts. 70 y 114, L. S., los que liberan al asegurador de su deber de indemnidad.

Cabe señalar una posición jurisprudencial según la cual es inadmisibles emitir el juicio de conocimiento limitándose a la confrontación del documento de identidad²¹. Sería el documento un medio necesario, pero no suficiente, por lo cual, según esta postura, podría ser considerado como un requisito sin el cual el escribano estaría incurriendo en culpa grave, pues habría esa falta de adopción de las mínimas diligencias que toda persona común y corriente adopta en función de la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de tiempo, persona y lugar, en el caso concreto.

d) *Validez de la cláusula*

No estando la falta de impresión digital entre las delimitaciones legales del

(19) CNCom., Sala B, 12/XII/1990, “Infantino de Riso, Silvia L. c. Instituto Ítalo Argentino de Seguros Generales S. A.”, *ED*, 141-462. En relación al concepto de culpa grave, ver “Bon Denis, Juan c. Omega Coop. Ltda. de Seguros s/ ord.”, CNCom., Sala B, 2/VII/1993, en el cual se estableció que “la culpa grave del asegurado debe ponderarse con rigor en relación a las particularidades de cada situación, configurándose sólo cuando media manifiesta y grave despreocupación en la que no se hubiera incurrido de no existir seguro, e identificándose más con la voluntad consciente que con el simple descuido, al punto de que puede decirse que la víctima ocasionó voluntariamente el siniestro”.

(20) CSJN, 19/XII/1991, “Olmos, P. c. Strapoli, J.”, *JA*, 1992-III-27. Fallo tomado de obra y página citadas en nota (23).

(21) Ver fallo citado en nota (9).

riesgo, cabe hacerse otro interrogante: ¿es válida la cláusula por la cual el asegurador delimita convencionalmente el riesgo, condicionando su prestación a la realización de una conducta cuya falta configura, bajo la mirada más rigurosa, culpa leve del asegurado? En uno de los fallos citados más arriba se ha establecido que “la mera imprudencia no hará perder al asegurado su derecho”, y que “un mero descuido del asegurado o una mera negligencia no constituyen culpa grave liberatoria del asegurador, ya que ello equivaldría a limitar la garantía del seguro a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, lo que es contrario a la función del seguro y a las normas de la ley 17418”²². De lo dicho se desprende que la mera negligencia –en caso de considerarse tal la falta de impresión digital– no sólo no encuadra en los arts. 70 y 114, L. S., sino que su falta de cobertura implicaría reducir la garantía al caso fortuito o fuerza mayor, y aquí vale repetir que ello “es contrario a la función del seguro y a las normas de la ley 17418”, por lo que la regular graduación de negligencia se encuentra necesariamente amparada en el contrato de seguro²³. Cabe entonces concluir negativamente sobre la validez de la cláusula, toda vez que la eventual inutilización por el notario de la impresión digital como medio para dar fe de conocimiento encuadra –en el peor de los casos– en esa regular graduación de negligencia. Ello sin perjuicio de que la culpa grave pueda configurarse si a ese hecho se suman otras conductas negligentes por parte del profesional –v. g., la falta de presentación por los otorgantes de sus documentos de identidad–.

Además, debe tomarse en cuenta que reducir la garantía al caso fortuito o fuerza mayor incidiría en la causa misma del contrato, desvirtuándola y convirtiéndola en ilícita. Manteniendo una perspectiva funcional de la causa, debe atenderse, en el caso, a su aspecto objetivo, que hace de la misma un elemento estructural y autónomo del negocio jurídico, caracterizado por su abstracción –pues resulta común a la categoría negocial– y su rol tipificador²⁴. Dicho rol tipificador es el que cae imponiendo al notario como condición de póliza la realización de una conducta –utilización de la impresión digital como medio para dar fe de conocimiento– cuya falta importa, bajo la mirada más rigurosa, culpa leve, toda vez que el seguro contra la responsabilidad civil profesional no se contrata sólo para cubrir los riesgos causados por caso fortuito o fuerza mayor, sino que su verdadera razón se encuentra en el aseguramiento del eventual obrar negligente del escribano –en su regular graduación, y sin perjuicio de que se pueda incluir la culpa grave en el riesgo asegurado–.

Por otro lado, debe considerarse la relación causal con el siniestro del con-

(22) CNCom., Sala B, 12/XII/1990, “Infantino de Riso, Silvia L. c. Instituto Ítalo Argentino de Seguros Generales S. A.”, ED, 141-462. En igual sentido, CNCom., Sala B, 2/VII/1993, “Bon Denis, Juan c. Omega Coop. Ltda. de Seguros s/ ord.” Se estableció que si la culpa grave se extendiese a la mera negligencia o descuido, “ello equivaldría a limitar la garantía del seguro a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, lo que quitaría de toda funcionalidad al contrato”.

(23) STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, t. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 222.

(24) Sobre la causa del negocio jurídico, GOLDENBERG, Isidoro H., TOBÍAS, José W. y DE LORENZO, Miguel F., *Reformas al Código Civil. Parte General*, bajo la dirección de Alterini y López Cabana, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 206 en adelante.

tenido fáctico de la cláusula delimitativa del riesgo. En tal sentido, “el presupuesto de hecho tal como está expresado en la póliza, no debe ser aplicado mecánica o rígidamente, sino que corresponde adoptar un criterio que atienda a la razonabilidad de su adaptación al caso concreto. Acontece que uno de los criterios de identificación del riesgo es el de la causación [...] Nuestro Código Civil optó por el criterio de la causación adecuada (art. 906) que adquiere un nexo entre la acción antijurídica que se atribuye al agente y el resultado dañoso de su obrar”²⁵. De este modo, aun considerando válida la cláusula, si la falta de impresión digital no fue la causa adecuada de la sustitución de personas, subsistiría el deber de indemnidad del asegurador. Ello debido a que corresponde hacer una aplicación laxa del presupuesto de hecho contenido en la cláusula²⁶.

En otro orden de ideas, es de mencionar que toda limitación del riesgo asumido debe resultar de la póliza, no procediendo con exigencias posteriores²⁷, de lo cual resulta que aun considerando válido el contenido de la cláusula, ésta será inválida si se agregara con posterioridad a la póliza.

Asimismo, obsérvese que el art. 114 de la Ley de Seguros –recordemos que delimita legalmente el riesgo liberando al asegurador por dolo o culpa grave del asegurado– configura una norma modificable sólo a favor del asegurado. Tal lo prescrito expresamente por el art. 158 de la misma ley²⁸. Respecto a ello, corresponde señalar que la cláusula en análisis, al liberar al asegurador por una omisión que configuraría, bajo la mirada más rigurosa, culpa leve del asegurado, se hace no otra cosa que extender las causales de liberación del asegurador establecidas por el art. 114, lo cual implica una modificación de dicho artículo que sin duda alguna perjudica al asegurado –en el caso, el notario–. Por ello cabe sostener la nulidad que reviste la cláusula en cuestión. Máxime si tenemos en cuenta el art. 25 de la ley 20091 de Entidades de Seguros (*Adla*, XXXIII-A, 150), el cual prescribe al respecto que “el texto de las pólizas deberá ajustarse a los artículos [...] 158 de la ley 17.418 [...]” Y las consecuencias de la imposición de dicha cláusula no se agotan en su invalidez, sino que por el

(25) STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, t. II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 461.

(26) Es comparable el caso al de un fallo en el cual se decidió que corresponde hacer lugar a la indemnización debida por la aseguradora ante el acaecimiento de un robo a mano armada de mercaderías aseguradas (cueros vacunos), atento que no obstante los argumentos esgrimidos por la compañía de no asumir responsabilidad ante la ausencia de guardias armados en forma permanente, de producirse el siniestro, el damnificado (asegurado) había contratado a una empresa de seguridad donde el personal de vigilancia tenía un sentido disuasivo por presencia y no el enfrentamiento a balazos, con peligro de dar muerte a los asaltantes o causarles lesiones, colocándose los guardias en situación de delincuentes, toda vez que el hecho no se produjo por “ausencia”, no fue “facilitado”, CNCom., Sala E, 29/VII/1994, “Lekeito S. A. c. La Buenos Aires Cía. de Seguros”, citado por Stiglitz en obra citada en la nota anterior, pág. 462.

(27) CNCom., Sala B, “Stefani v. Chaco”, 9/II/1966. Fallo citado por Halperín, Isaac, *Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 360, nota 136 *in fine*.

(28) Establece dicho artículo, en lo pertinente, que “[...] sólo se podrán modificar a favor del asegurado los artículos [...] 114 [...]”

art. 58 de la mencionada ley se establece un régimen sancionatorio para el asegurador en caso de infracción de sus disposiciones.

Por otro lado, no puede evitarse hacer mención respecto de la actividad de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que como autoridad de control tiene el deber de velar porque el contenido de los instrumentos contractuales sea conforme a derecho, lo cual, según la postura sostenida en el presente trabajo, no se ha dado.

e) La cláusula en el marco de un contrato por adhesión

En este punto, cabe señalar primeramente que en los seguros de daños patrimoniales –dentro de los cuales se encuentra el seguro contra la responsabilidad civil–, puede ocurrir que quien contrate con el asegurador no sea el titular del interés asegurado, configurándose el seguro por cuenta ajena, en el que junto a las figuras del asegurador y del asegurado, aparece la del tomador o estipulante, que es quien celebra el contrato de seguro con el asegurador. Ello es permitido por el art. 21 de la Ley de Seguros²⁹, y tiene aplicación al contrato cuya cláusula se está analizando³⁰.

Pero es importante tener en claro que ello no quita al contrato su carácter de predisuesto –más específicamente, el de ser por adhesión–, toda vez que sigue siendo una sola parte –el asegurador– la que establece el contenido de las obligaciones incluidas. Y es relevante tenerlo presente por la tendencia del predisponente a establecer cláusulas que consoliden su posición dominante, lo cual se ha concretado, desde mi punto de vista, en el caso bajo análisis, siendo que la imposición de la cláusula ha significado un ejercicio irregular del derecho del asegurador a establecer el contenido del contrato, desnaturalizando el vínculo obligacional. En efecto, la aplicación de la cláusula no hace otra cosa que limitar la obligación a cargo del predisponente –el asegurador–, alterándose la relación de equivalencia, máxime teniendo en cuenta que su inclusión no va acompañada de una reducción del monto de la prima³¹.

Corresponde aquí citar a Spota en referencia a la consagración en el Código Civil, por la reforma de 1968, del principio de abuso del derecho, quien decía que “al lado de cada artículo del Código Civil, el lector tiene que recordar el art. 1071; o sea, que cada vez que nuestro Código habla de derechos y de obligaciones, siempre debe estar inmanente que el derecho y la obligación tienen que ser ejercidos o cumplidos sin abuso”³². Queda agregar que el art. 1071 no debe recordarse sólo al analizar el Código Civil, sino al leer todo artículo de cualquier otra ley que consagre derechos y obligaciones, como es el caso de las leyes que giran alrededor del tema que se ha tratado.

(29) Art. 21, primer párrafo, ley 17418: “Excepto lo previsto para los seguros de vida, el contrato puede celebrarse por cuenta ajena, con o sin designación del tercero asegurado”.

(30) Actualmente, en el ámbito de la Capital Federal, el seguro contra responsabilidad civil bajo análisis está siendo contratado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad, en calidad de tomador, siendo cada uno de los notarios suscriptores la parte asegurada.

(31) Ver ob. cit. en nota (23), pág. 389.

(32) SPOTA, Alberto G., *Curso sobre temas de Derecho Civil*, pág. 30.

Finalmente, si la cláusula bajo análisis ha sido impuesta como consecuencia del aumento del grado de probabilidad –entendida como posibilidad de realización de un riesgo– debido al crecimiento de siniestros verificados, dos serían los caminos que se podrían seguir alternativamente. El primero permitiría mantener el monto de la prima, y consistiría en procurar el aumento del número de riesgos asegurados, pues ello incide en el cálculo de la prima. La segunda opción sería que por el art. 36 de la Ley de Seguros, se reajuste la prima en virtud de la agravación del estado de riesgo. Hay entonces soluciones que permiten evitar la imposición de una cláusula que no sólo resulta inválida, perjudicando a los asegurados, sino que además tiene un efecto decididamente invasivo en el ejercicio de la función notarial, que, como se señaló en la introducción, deja la puerta abierta a considerar la formación de una costumbre *praeter legem*, lo cual puede terminar responsabilizando a los escribanos en los estrados judiciales por la no utilización de uno de los tantos medios de los cuales puede legalmente servirse para dar fe de conocimiento.

IV. Conclusiones

- En el contrato de seguro contra responsabilidad civil profesional del notario, implica una delimitación convencional y causal del riesgo la cláusula por la cual se establece como condición de póliza la impresión digital de los comparecientes en caso de siniestros generados por sustitución de personas.

- La falta de uso por el notario de la impresión digital como medio para dar fe de conocimiento no queda comprendida en la aplicación de los arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros, referidos a delimitaciones legales del riesgo por dolo o culpa grave del asegurado. No se configura dicha culpa grave pues la diligencia del escribano al dar fe de conocimiento no está condicionada a la utilización de la impresión digital, ya que es facultad del mismo la elección de los medios adecuados para llegar a la convicción y certeza sobre la identidad de los otorgantes. Puede tener cabida la utilización de la impresión digital, pues ésta constituye uno de esos medios, pero ello no importa que constituya una condición *sine qua non* del actuar diligente del notario.

- No es válida la cláusula por la cual el asegurador delimita convencionalmente el riesgo, condicionando su prestación a la realización de una conducta cuya falta configura, bajo la mirada más rigurosa, culpa leve del asegurado. La mera negligencia –en caso de considerarse tal la falta de impresión digital– no sólo no encuadra en los arts. 70 y 114, L. S., sino que su falta de cobertura implicaría reducir la garantía al caso fortuito o fuerza mayor, y ello es contrario a la función del seguro y a las normas de la ley 17418.

Además, desde una perspectiva funcional de la causa y atendiendo a su aspecto objetivo, reducir la garantía al caso fortuito o fuerza mayor desvirtuaría la causa del contrato, afectando su licitud.

La cláusula en análisis, al liberar al asegurador por una omisión que configuraría, en el peor de los casos, culpa leve del asegurado, extiende las causales de liberación del asegurador establecidas por el art. 114, lo cual implica una

modificación de dicho artículo que perjudica al asegurado, cosa que no corresponde por tratarse de una norma parcialmente imperativa.

La tendencia del predisponente a establecer cláusulas que consoliden su posición dominante se ha concretado en el caso bajo análisis, en tanto que la cláusula ha significado un ejercicio irregular del derecho del asegurador a establecer el contenido del contrato –que es por adhesión–, desnaturalizándose el vínculo obligacional, por limitarse la prestación a cargo del predisponente –asegurador–, y alterándose la relación de equivalencia, máxime teniendo en cuenta que su inclusión no va acompañada de una reducción del monto de la prima.

- Aun considerando válida la cláusula, subsiste el deber de indemnidad del asegurador si la falta de impresión digital no fue la causa adecuada de la sustitución de personas, toda vez que debe considerarse la relación causal con el siniestro –o su hecho generador– del contenido fáctico de la cláusula delimitativa del riesgo.

Asimismo, en caso de estimarse válido el contenido de la cláusula, ésta será inválida si se agregara con posterioridad a la póliza, pues toda limitación del riesgo asumido debe resultar de la misma, no procediendo con exigencias posteriores.

La cláusula analizada no sólo resulta inválida, perjudicando a los asegurados, sino que además tiene un efecto decididamente invasivo en el ejercicio de la función notarial, que deja la puerta abierta a considerar la formación de una costumbre *praeter legem*, lo cual puede terminar responsabilizando a los escribanos en los estrados judiciales por la no utilización de uno de los tantos medios –no tasados– de los cuales puede legalmente servirse para dar fe de conocimiento.