

## TEMA II: RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO. EL SEGURO LLAMADO DE MALA PRAXIS. SUS DIFERENCIAS CON EL SEGURO DE TÍTULO

### Autoridades de la Comisión

**Coordinador internacional:** Romelio D. Fernández Rouyet

**Secretarios:** Fernando Cárdenas González, Rodrigo Tena Arregui y Haydée Podrez Yáñez

### Comisión redactora

Agustín Braschi (Argentina)

Fernando Cárdenas González (México)

Romelio D. Fernández Rouyet (Argentina)

Hugo Pérez Montero (Uruguay)

Rodrigo Tena Arregui (España)

### Conclusiones

Toda función que pretenda permanecer exitosamente tiene la obligación de realizar una constante autocrítica que la adapte a los nuevos cambios y exigencias de la comunidad a la que sirve.

La sociedad elige lo que más le conviene por económico y eficiente, no por tradición o historia.

Lamentablemente, algunos criterios meramente economicistas priorizan la reducción de costos, sin importarles si con ello afectan la seguridad jurídica que nuestra labor genera.

No tenemos duda de que ésta posibilita la disminución de la litigiosidad, la convivencia armónica y la realización de la justicia.

Pero la percepción que la sociedad tiene de cualquier profesión cambia de manera constante. Por ello es necesario que la comunidad comprenda que su existencia es absolutamente conveniente, que la desee –y la solicite– como una herramienta útil y eficaz para garantizar el contenido y la expresión de su voluntad cuando contrata.

Debemos concientizar a la sociedad acerca del valor y utilidad que tiene la seguridad jurídica preventiva.

El costo de un sistema no pasa sólo por el honorario que perciben sus agentes, sino por las consecuencias que toda la sociedad sufre cuando confunde rapidez con eficacia.

No se puede caer en el error de creer que el sacrificio de la seguridad jurídica puede generar una disminución de costos ya que, a corto plazo, la reparación de los daños será mucho más onerosa.

Sin abandonar nuestra esencia, tenemos el deber de adaptarnos para dar cada vez más eficiente respuesta a los reclamos permanentes de la sociedad y a los nuevos requerimientos que plantea un mercado en continua evolución.

Precisamente el sentido de la convocatoria de estas Jornadas Iberoameri-

canas es meditar en conjunto y aportar nuestras distintas experiencias geográficas y culturales para planear cómo, al mejorar nuestra función, podemos resultar más competitivos.

Hoy existen dos sistemas netamente diferenciados para la constitución y transferencia de derechos reales sobre inmuebles, el notariado latino y el que concluye con el llamado seguro de títulos.

#### I. Notariado latino

En este sistema es obligatoria la intervención de un notario, que es un profesional del derecho al que el Estado inviste con función pública fedante, en ejercicio de la cual **da autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él ocurran** y que perciba con sus sentidos.

En ejercicio de sus funciones alitigiosas el notario:

1. **Asesora** a los otorgantes, califica, interpreta y traduce jurídicamente los hechos y la voluntad de éstos.

2. **Media** en forma imparcial entre sus requirentes.

3. **Configura** el documento y asume la autoría bajo su responsabilidad.

4. **Identifica** a los otorgantes y realiza el juicio sobre su capacidad.

5. **Inscribe** ese documento auténtico, que goza de presunción de legitimidad y validez, en el Registro correspondiente de la Propiedad a efectos de su oponibilidad a terceros interesados.

6. El sistema de **matricidad**, complementado adecuadamente con el de guarda y archivo de protocolos, garantiza la seguridad de los documentos matrices ante la posibilidad de alteración, pérdida o sustracción de los títulos de propiedad.

7. Genera certeza en las relaciones jurídicas, lo que **previene posteriores litigios**.

El hecho de centralizar la función asesora, **instrumentadora** y **autenticante** en la figura del notario garantiza la economía de costos así como la celeridad del proceso.

#### II. Seguro de título

En los Estados Unidos de Norteamérica, por su organización federal, cada Estado tiene su propio régimen, pero mayoritariamente presentan las siguientes características:

1. Las transmisiones de inmuebles se realizan por instrumento privado, sin la intervención de un funcionario público, y consecuentemente, el documento carece de autenticidad.

2. El asesoramiento jurídico es optativo.

3. La inscripción en el Registro de la Propiedad no es obligatoria y se efectúa mediante el archivo de los documentos.

Las inseguridades originadas por estos sistemas hicieron que se recurriera al instituto comercial del seguro, para morigerar los daños que su empleo genera. Producida la pérdida total o parcial de su derecho por evicción debido a

un vicio de los títulos, anteriores a la adquisición, el asegurado tiene derecho a la indemnización convenida.

El pago de ésta se realiza, si el hecho no se encuentra dentro de los casos excluidos de cobertura, una vez finalizado el proceso judicial.

La obligación de la compañía es pagar la compensación monetaria pactada, no el valor real del inmueble, no incluye el valor de las mejoras incorporadas, ni la desvalorización monetaria, por lo que se produce lo que los economistas llaman pérdida de excedente del consumidor.

La situación se agrava si el seguro es contratado por la entidad financiera que otorga el crédito destinado a la adquisición del inmueble, por cuanto el monto asegurado va disminuyendo a medida que el mutuo se amortiza.

Esta seguridad económica, subsidiaria, satisface plenamente los intereses del acreedor hipotecario, no así los de los adquirentes.

El seguro de ninguna manera evita que el daño se produzca.

Esta solución no busca perfeccionar el sistema de transmisión de derechos reales, asegurando que las partes no vean frustradas las expectativas que tuvieron al contratar, sino que solamente indemniza al perjudicado por el mal funcionamiento del sistema vigente.

Como bien dice Vallet de Goytisolo, es como si en medicina reemplazáramos las vacunas y medidas higiénicas y profilácticas por un seguro dinerario que indemnizara las invalideces y defunciones producidas por las enfermedades que hubiesen dejado de ser prevenidas.

Con la figura del seguro se socializan los riesgos, en lugar de tomar medidas preventivas con un sistema adecuado, se los asume, según expresa Angulo Rodríguez, a la manera de un castigo divino y, en lugar de pagar el daño quien realmente lo produce, su costo es asumido por la sociedad.

En este sistema, las compañías aseguradoras tienden a monopolizar la actividad inmobiliaria ya que se arrojan la exclusividad de la información sobre la calidad de los títulos mediante los “*title plant*”, que establecen cuál es “comerciable” y cuál no, por lo que, al denegar su cobertura, prácticamente lo excluyen del mercado.

¿Nuestras sociedades están dispuestas a delegar en estas compañías privadas la función pública calificadora de los títulos?

Creemos que el sistema notarial latino es eficiente y eficaz para garantizar la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria, y al eliminar el riesgo hace innecesaria la incorporación del seguro de título.

En la actual sociedad globalizada, la confrontación entre los dos sistemas es inevitable.

En EE.UU. el seguro de título hoy constituye un importante negocio, que busca expandirse y penetrar en nuevos mercados.

La estrecha vinculación entre bancos y compañías de seguro, sumada a la importante concentración económico-financiera en el mundo, nos debe hacer reflexionar sobre los riesgos del intento de imposición de este tipo de seguros por parte de las entidades financieras como condición para el otorgamiento de sus créditos. Québec, donde se estableció este gasto innecesario que cons-

tituye un fraude al consumidor, resulta un claro y lamentable ejemplo de la amenaza que tal concentración implica.

Se ha argumentado que los inversores institucionales estadounidenses, acostumbrados a las garantías económicas que brinda a los créditos hipotecarios el sistema de seguro de título, iban a ser reticentes a invertir en la securitización de hipotecas en aquellos países que no adoptaran ese sistema. En Argentina tal aseveración, en los hechos, quedó totalmente desvirtuada, habiéndose aceptado plenamente la seguridad jurídica que nuestro sistema brinda de manera adecuada

A nivel científico, jurídico, económico, sociológico y práctico, la superioridad de un sistema sobre el otro ha quedado absolutamente probada.

**Proponemos** como cursos de acción a emprender:

1º Reforzar la difusión de esta superioridad documental y registral, así como destacar los riesgos que sobrevendrían para la sociedad con el deterioro o pérdida de su vigencia.

Esta advertencia debe llegar a la opinión pública, a las asociaciones de consumidores y a los ámbitos universitarios, legislativos y gubernamentales para hacer notar que es claramente más justo y más eficiente para lograr la seguridad jurídica general.

La calidad de la prestación que brinda el notariado es universal y llega a todos los sectores económicos y sociales con igual calidad y en toda la extensión territorial, lo que no sucede cuando se pretende suplantar la seguridad jurídica por la meramente económica en mano de sociedades comerciales cuyo legítimo único objetivo es el fin de lucro, por lo que obviamente atenderán sólo los sectores más rentables.

2º Ser sumamente estrictos en la búsqueda de la excelencia en el ejercicio de la función.

A tal efecto:

- a) el acceso sólo debe ser para los más capacitados y mediante concurso;
- b) la capacitación continua debe ser un requisito para la permanencia en la función;
- c) los controles funcionales deben ser constantes y estrictos y las eventuales faltas disciplinarias, severamente sancionadas;
- d) la colegiación debe ser obligatoria en todos los países.

3º) Buscar una garantía económica complementaria para el usuario del sistema notarial, para los supuestos de eventual insolvencia del notario, cuando éste deba responder por hechos dañosos producidos en el ejercicio de su función.

4º) Transmitir al presidente de la U. I. N. L. el sentido de estas conclusiones, a efectos de lograr que, por los medios y formas que estime más convenientes, se conecte con autoridades de los gobiernos de los Estados Unidos de América y Canadá y les transmita la conveniencia de que ellos adopten un sistema documental similar al de los países del notariado latino, por lo menos para uso externo.

Hacer extensiva esta recomendación a las autoridades que están gestionan-

do el convenio multilateral denominado “A. L. C. A.”, sin perjuicio de comunicar la misma intención a todos los delegados latinoamericanos ante dichos organismos.

### III. Seguro de responsabilidad civil

En el seno de la comisión se recomendó a los Colegios el estudio de la implementación de un seguro de responsabilidad civil obligatorio, que cubra los daños ocasionados por los notarios en el ejercicio de su función, tal como ocurre en España, Alemania, Austria, Italia y Francia, entre otros.

Ello constituye una garantía para el usuario que acrecienta su confianza en el sistema.

No se fundamenta tanto en la protección del asegurado como en la de los terceros.

Un diseño exitoso de la función debe fomentar un comportamiento correcto y el seguro de responsabilidad civil debe configurarse como residual.

Resulta imprescindible la participación de los Colegios en la redacción de la póliza y la fijación de la prima.

La imagen del notariado y la confianza pública en la profesión se ven seriamente dañadas cuando el notario se conduce en forma irregular y además su insolvencia frustra hacer efectiva su responsabilidad.

Es necesario establecer alguna garantía, colectiva o individual, complementaria al patrimonio personal del notario.

En opinión del Dr. Gabriel Ventura, el seguro de responsabilidad civil es incompatible con el carácter de funcionario público, por quien debe responder el Estado.

También surgió como propuesta que los Colegios emprendan el estudio de la instrumentación de un seguro cooperativo o la creación de un fondo, que permita afrontar el pago de indemnizaciones a quien hubiere sufrido un daño.

Teniendo en cuenta que si lo que se plantea es un instrumento de seguridad económica residual en protección de los usuarios, la exclusión del dolo pierde sentido.

En la búsqueda de soluciones, debemos considerar que esta cobertura del dolo no debe funcionar como alentadora de conductas de este tipo. Quien se conduzca en forma dolosa debe ser excluido de sus funciones. Los notarios deberían prestar algún tipo de garantía efectiva, que posibilitara la recuperación de lo abonado por el fondo.