

XI Jornada Notarial Iberoamericana*

Tema II: Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título

Autoridades de la Comisión

Coordinador internacional: Romelio Domingo Fernández Rouyet

Coordinador nacional: Gabriel Benjamín Ventura

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)

Colaboradores

Cristina N. Armella, Susana M. Bonanno, Águeda L. Crespo, Daniela Fhler, Instituto de Derecho Notarial (Ciudad de Buenos Aires), Marcela A. Pesce, Marta R. Piazza, Augusto Piccón, Haydée Sabina Podrez Yaniz, Claudia Quirinali, Lilian G. Seteremberg, Pedro H. Sofía Aguirre, Gabriel B. Ventura y Marina C. Zuvilivia.

*Buenos Aires, 10 al 13 de marzo de 2004.

Introducción

Las bondades del notariado tipo latino pueden evaluarse de manera objetiva por la gran cantidad de países adheridos al sistema y su aumento paulatino.

Esta adopción del notario de tipo latino por las grandes potencias mundiales, como Japón y más recientemente EE.UU. de Norteamérica, país en el que se genera la figura del “notario civil” para poder negociar los fideicomisos en Europa, constituye todo un antecedente jerarquizador del sistema.

Merced a dichas circunstancias podemos apartarnos científicamente de la evaluación subjetiva personal de los notarios latinos y de los miembros de la comunidad destinataria del servicio notarial que, a veces, se enraízan más en una costumbre que en una justa y meditada valoración de conceptos.

Las empresas aseguradoras

A pesar de este lógico avance del sistema notarial tipo latino, paradójicamente, el sector privado de las grandes empresas aseguradoras viene procurando encontrar un buen mercado en Latinoamérica, colocando sobre todo los seguros de títulos.

Estos seguros resultan carentes de mercado en los países con sistemas notariales tipo latino, justamente porque sus bondades hacen que sea muy improbable o nulo un cuestionamiento de los títulos dominiales con sus consecuentes daños.

Naturaleza de la función notarial

No se ha podido apartar de la cuestión la vieja discusión acerca de la función notarial.

Para un sector de la doctrina clásica el notario es un funcionario público, dado que la delegación de la fe pública del Estado imprime carácter de instrumento público a la documentación por él autorizada. Se transforma así, este profesional del derecho, en autor y guardador responsable de documentación estatal. Si ejerce una función pública debe ser funcionario público, más allá de si se cumplen los requisitos estandarizados que exigen los administrativistas para atribuir ese carácter. Obviamente, quienes sostienen esta tesis exigen la responsabilidad indirecta del Estado frente al daño provocado por este funcionario notarial.

Para otra posición, que es la que más se ha enraizado entre los autores actuales, el notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública, y el haber adoptado conceptualmente esta doble naturaleza, amén de complicar la cuestión de la responsabilidad por daños, ha hecho primar por una suerte de “venganza histórica” el lado de “profesional del derecho” por sobre la función pública que se le impone y que, sin duda alguna, tiene más entidad esencial. Aludimos a la venganza histórica, arrastrada más por nuestra tradición hispana que por análisis científico, recordando que durante la Edad Media los Oficios notariales eran vendidos al mejor postor sin atender al profesionalismo de quien los ejerciera. Ahora, para apartarnos de esos tiempos

tan negativos a nuestra disciplina, generamos una contrapartida exagerada que ensalza justamente ese carácter negado otrora.

Esta nueva visión de lo notarial no deja de tener efectos negativos. Por cierto, la adopción de la doble naturaleza, en la que prima –como decíamos– la idea de “profesional del derecho” por sobre el carácter de su función, ha colocado al notario en el lugar de una profesión liberal más pero, a no dudarlo, cargada de todas las responsabilidades, incompatibilidades, obligaciones funcionales, jurisdicciones y controles, que brillan por su ausencia en las verdaderas profesiones liberales.

El derecho de daños

No puede desconocerse tampoco la influencia que sobre el tema ejerce el avance del llamado “derecho de daños”, parte del derecho civil que, hundiendo sus fundamentos científicos en la reparación integral y algunos resabios “solidaristas”, ha procurado subsanar la situación de la víctima de delitos o cuasidelitos teniendo en cuenta no sólo los principios de la responsabilidad, sino también atendiendo a su debilidad, fragilidad o situación social.

En algunas ocasiones, como lo hemos visto en los profesionales de la medicina, los supuestos autores de los daños se transforman en verdaderas víctimas de un sistema jurídico excesivamente formalista y despiadado que erige en victimarios a los antes damnificados.

En el ámbito notarial, la función pública que ejerce el notario por delegación expresa del Estado aumenta esta visión parcial de los jueces, en cuanto a considerarle, en caso de daño, el “lado fuerte” de la relación, al que no es dable permitirle el mínimo error en el ejercicio de su función. Lejos de jerarquizar su función, pues, la delegación de la fe pública por parte del Estado parecería no haber hecho más que aumentar su vulnerabilidad frente a un sistema que exige encontrar culpables.

A ese respecto no deja de resultar toda una incoherencia que esa función pública ejercida por un sujeto al que se ha estudiado especialmente en cuanto a su idoneidad económica, moral y jurídica, y al que se controla asiduamente en su desempeño mediante inspecciones periódicas, no sea subsidiariamente respaldada por la responsabilidad del Estado, como debería ser conforme a lo estatuido por los arts. 1112 y 1113 del Código Civil. ¿No hay acaso *culpa in eligendo e in vigilando* por parte del Estado cuando delega la fe en quien no es responsable preventivamente de sus actos funcionales? ¿No hay una omisión del Estado por falta de control o de exigencia profesional en la vigilancia de estos delegados que ejercen su función? Sin embargo, pocos fallos, y ya de antigua data, recurren a esta responsabilidad indirecta que se impondría por la naturaleza funcional de la actividad notarial.

Ponencia argentina

I. El seguro de títulos

1. El aporte del notario latino a la seguridad jurídica en general es la ela-

boración documental con conocimiento jurídico, propia de su carácter profesional y, a su vez, la necesaria certeza respecto de la existencia de los hechos y derechos que el documento contiene.

2. La superioridad de la forma pública en general y de la notarial en particular sobre la privada no deriva sólo de la autenticidad, sino también de la competencia legal y técnica del funcionario y de la calificación de todos los elementos personales, reales, causales y formales que integran el acto.

3. La necesidad de la querrela o redargución de falsedad, impuesta en los sistemas notariales tipo latino, impone un valor casi indestructible al contenido documental amparado por la fe pública.

4. Para algunos autores carece de sentido contraponer el seguro de títulos con el sistema notarial latino, ya que adoptar ambas posibilidades sumaría ventajas y no generaría mayores inconvenientes.

5. Sin embargo, para otros, es dable advertir que los intentos de implantar seguros de títulos en países con sistema notarial latino procuran, con un fin puramente económico, la eliminación del sistema notarial latino mediante la adopción de normas jurídicas extraídas del derecho estadounidense.

6. Esta intención terminará sustituyendo la seguridad jurídica propia del sistema latino brindada por la escritura pública por la seguridad económica típica del sistema anglosajón, mediante un título de inferior jerarquía y eficacia y la indemnización en caso de daño producido precisamente por tales deficiencias.

7. No se trata de calificar un sistema de malo o bueno, sino de adecuarlo a las costumbres y tradiciones de cada pueblo. Así, la comunidad latina, en general, prefiere los bienes concretos sobre los que recaen sus derechos y no los valores de éstos mediante el pago de los daños sufridos por su deficiente titulación. Esta última situación es caracterizante más bien de la psicología anglosajona.

8. Si el seguro de títulos es un sistema por el cual una parte aseguradora se obliga a indemnizar a la otra por un daño o privación de un lucro, resulta evidentemente más apropiado evitar ese daño mediante un sistema seguro de transferencia dominial.

9. Por ello, pese a la factibilidad legal, en la práctica no ha ocurrido aún que se asegurara el título como tal, sino sólo la mala praxis notarial. Ello obedece a que en los sistemas notariales latinos el principio de autenticidad documental anula la eficacia del seguro.

II. Responsabilidad notarial

1. La responsabilidad civil notarial en el derecho argentino se configura cuando se reúnen los requisitos de comportamiento antijurídico, daño provocado, factor subjetivo de atribución de responsabilidad y regla de causalidad.

2. La doble naturaleza asignada al notario en el sistema tipo latino torna también compleja la calificación de la fuente de su responsabilidad. Así, se ha concluido que el escribano responde extracontractualmente con motivo o en ocasión del ejercicio de su función pública, mediante la acción u omisión do-

losa o culposa sin preexistencia de una obligación contractual determinada. Responde contractualmente, en cambio, cuando ejerce su profesión jurídica como asesor o como autor de instrumentos privados.

3. Si bien para algunos autores la función del notario es solamente una y no puede ser separada en función pública y función privada, sino que debe ser considerada como función unitaria, para la mayoría doctrinaria, en cambio, la actividad notarial encierra una función doble: una pública, impregnada como tal de los principios de la fe pública emanada del Estado y otra privada, surgida de su función asesora.

4. A causa de la función pública que ejerce el notario, las partes no pueden dispensarlo de cumplir sus obligaciones en su quehacer funcional dado que éstas no provienen de un contrato sino de la ley por el carácter público de la función, por lo que, en caso de incumplimiento de esas obligaciones, debe soportar las consecuencias dañosas.

5. Si la función notarial es una función pública que emana del Estado, la responsabilidad civil por su mal ejercicio es extracontractual ya que, encuadrada en la disposición del art. 1112 del Código Civil, debería incluso comprometer la responsabilidad del Estado en los términos del art. 1113 del mismo Código.

6. Resulta incoherente que la función pública ejercida por el notario y que lo obliga a responder sin que un convenio con el usuario del servicio pueda eximirlo del resarcimiento, no produzca también una responsabilidad refleja del Estado por mal desempeño de quien ejerce la función estatal delegada.

7. En la doctrina en general se advierten dos posiciones respecto de la calificación de la responsabilidad notarial: a) quienes entienden que su responsabilidad puede abarcar ambas categorías, contractual y extracontractual, según cuál sea la función dañosa ejercida y b) quienes admiten sólo la responsabilidad extracontractual.

8. La responsabilidad civil notarial por los daños que el escribano público o notario pueda producir en ocasión del ejercicio funcional no puede estar ajena a las nuevas orientaciones jurídicas, en especial, a la nueva concepción del derecho llamada “solidarista”, que dirige sus metas hacia la protección de los más débiles por sus carencias o limitaciones.

9. Si bien el avance del llamado derecho de daños, encauzado en el concepto de reparación integral y con un sentido solidarista en protección del más débil implica un hecho plausible, en ciertas ocasiones, sin embargo, produce un importante cambio de papel, pues convierte a la víctima en victimario cuando el sistema, al permitir reclamos infundados, deja demasiado vulnerable al supuesto responsable frente a demandas temerarias.

III. Seguro de mala praxis

1. El seguro de mala “praxis” tiende a cubrir solamente reclamos económicos, debido generalmente a la culpa grave por acciones y omisiones en el ejercicio de la función notarial. Si ello lo adicionamos al anhelo del notariado de garantizar la seguridad jurídica y, además, a la reparación de las consecuencias

disvaliosas de la actuación notarial, se producirá un recargo económico cada vez más difícil de afrontar por parte de todos los notarios.

2. En la opinión generalizada de la comunidad se creará la convicción de que esos seguros son absolutamente indispensables para que los requirentes queden protegidos.