

## **6. Responsabilidad civil del notario. El llamado seguro de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título (\*)**

por la Esc. Julia Siri García

### **DOS PENSAMIENTOS PARA ENTRAR EN MATERIA, UNA NORMA JURIDICA PARA RECORDAR Y UNA FALACIA EXTRANJERA COMO ALERTA ROJA PARA EL NOTARIADO LATINO**

*Asistimos hoy —junto a otros fenómenos preocupantes— a una desvalorización cultural y ética del Derecho en la opinión pública, en algunos políticos y en ciertos gobernantes. Una desvalorización acompañada de un escepticismo en cuanto a su valor, dudas sobre su importancia y significación y a un desplazamiento del interés por lo jurídico hacia una valoración, predominante, obsesiva y excluyente, de lo económico ...*

*Se desprecia al Derecho y se endiosa a una Economía sin límites morales ni humanos*

Héctor Gros Espiell

*La responsabilidad de los intelectuales consiste en decir la verdad y en denunciar la mentira*

Noam Chomsky

*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*

Art. 20 del Código Civil Uruguayo

*America is home to the most efficient land transfer system in the world*

American Land Title Association

---

(\*) Trabajo presentado a la XI Jornada Notarial Iberoamericana, Buenos Aires 10 a 13 de marzo de 2004.

## SUMARIO

I. Introducción. II. Los dos grandes sistemas jurídicos: romano-germánico y anglosajón. III. La función notarial latina: concepto, naturaleza jurídica y contenido. IV. Las relaciones jurídicas notariales: con el Estado y con los requirentes. V. Responsabilidad del Escribano: tipos e interrelación. VI. La responsabilidad notarial civil: naturaleza de la responsabilidad (extracontractual o contractual) y de las obligaciones asumidas (de medios o de resultado). VII. Seguridad preventiva o seguridad indemnizatoria: El seguro de título. VIII. El seguro de mala praxis. IX. Diferencias entre el seguro de mala praxis y el seguro de título. X. Formas de atender a la reparación del daño, en el Derecho Notarial comparado. XI. Reflexiones sobre soluciones aceptables y factibles. XII. Conclusiones a manera de ponencias. XIII. Bibliografía consultada. XIV. Jurisprudencia citada.

## I. INTRODUCCION

La XI Jornada Notarial Iberoamericana plantea, como uno de sus temas, el de la Responsabilidad del Escribano, que ya fue objeto de muchos importantes estudios a nivel de doctrina internacional y también de la doctrina uruguaya.

Replantear la cuestión es siempre interesante, en la medida en que permite revisar conceptos y posiciones y actualizarlos en función de nuevos estudios y del surgimiento de otras circunstancias sociales, económicas y políticas. Además, el tratamiento del tema, en esta oportunidad, debe orientarse hacia ciertas formas de reparación —el seguro por mala praxis y el seguro de título— porque así se deduce de su denominación, lo que induce a repensar más bien la responsabilidad civil notarial, con prioridad sobre los demás tipos —penal, tributaria y disciplinaria—. Asimismo, las pautas indicadas por el Coordinador Internacional, notario Romelio D. Fernández Rouyet, guían el enfoque hacia los dos grandes regímenes jurídicos “para la constitución y transferencia de derechos reales sobre inmuebles, el Notariado latino y el llamado seguro de títulos” y hacia “el seguro de responsabilidad civil” (*seguro de mala praxis* en la terminología utilizada en la denominación del tema).

En consecuencia, de conformidad con dichas pautas y con los pensamientos, la norma y el alerta que hemos tomado como orientadores de nuestro estudio y que encabezan este trabajo —*la importancia del Derecho y de la Ética, la obligación de los intelectuales de decir la verdad, la armonía y correspondencia entre las partes de la ley (que es también una exigencia de armonía y correspondencia de todo el ordenamiento jurídico) y la falacia que nos quieren vender*— vamos a analizar los siguientes puntos —algunos de ellos meramente introductorios al que consideramos el tema básico (responsabilidad y seguros)—:

- Los dos grandes regímenes jurídicos: el sistema romano-germánico y el sistema anglosajón.

- La función notarial: concepto, naturaleza jurídica y contenido.

Las relaciones jurídicas notariales: con el Estado y con los requirentes.

Responsabilidad del Escribano: tipos e interrelación.

- La responsabilidad notarial civil: naturaleza de la responsabilidad (extracontractual o contractual) y de las obligaciones asumidas (de medios o de resultado).

- Seguridad preventiva o seguridad indemnizatoria. El seguro de título.

- El seguro por mala praxis: riesgos a cubrir. Sus diferencias con el seguro de título.

Formas de atender a la reparación del daño, en el Derecho Notarial comparado.

- Reflexiones en procura de una solución teóricamente aceptable y prácticamente factible.

Como cierre, las conclusiones, que oficiarán como ponencias.

Esperamos poder cumplir con el objetivo de las Jornadas, que, en las palabras del citado Coordinador, se centra en *meditar en conjunto, aportando nuestras distintas experiencias geográficas y culturales y viendo cómo podemos resultar más competitivos mejorando nuestra función*.

## II. LOS DOS GRANDES SISTEMAS JURIDICOS: ROMANO-GERMANICO Y ANGLOSAJON

Dijimos en otra oportunidad y lo recordamos ahora, que el Derecho surge del seno de la comunidad y, por lo tanto, es natural que responda a la idiosincrasia de ésta y sea un reflejo de la sociedad a la que regula. Los anglosajones tienen fama de utilitarios, prácticos, empíricos mientras que a los latinos se nos atribuye ser especulativos y conservadores.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> SIRI GARCÍA, JULIA: El Notariado en la Era de la Tecnología. La función notarial y los nuevos medios tecnológicos: en especial, el documento informático, Ed. Fundación de Cultura Universitaria - Facultad de Derecho Universidad de la República, Montevideo, febrero de 2001, pág. 25.

La Historia también tiene mucho que ver en el asunto: mientras que el Derecho Romano se perpetúa, a pesar de la caída del Imperio Romano de Occidente y sigue fructificando en la obra de Justiniano I, la influencia romana desaparece en Bretaña en el siglo V —cuando Roma retira sus legiones— y allí germina la aplicación de un Derecho basado en las costumbres comunes (*common law*) y en el prestigio de las autoridades nacionales (jueces y tribunales) que van conformando un ordenamiento jurídico en base a la solución de situaciones concretas y su proyección a cuestiones similares futuras (precedentes). Hasta la Geografía ha podido incidir en esta diferenciación, habida cuenta del carácter insular de Gran Bretaña.<sup>2</sup>

La gran diferencia entre un sistema y otro es, como señaló acertadamente MOLA hace ya varios años, la base razonada que distingue al sistema romano del sistema inglés, pues mientras que aquél es el producto de un tratamiento científico inaugurado por los jurisconsultos, éste se fue haciendo sobre la marcha, sin orden, constituyendo un mero conglomerado de normas. El Derecho romano le lleva 1500 años de ventaja al Derecho anglosajón, habiendo pasado ya por etapas que éste aún está transitando, aunque la diferencia sustancial “es de método: por un lado, un trabajo de juristas que entendieron estar ante una ciencia y por otro normas consuetudinarias convertidas en Derecho por obra de los jueces, sin apoyo dogmático”.<sup>3</sup>

Las diferencias entre ambos sistemas repercuten en las relaciones negociales y la función notarial.<sup>4</sup> En un caso, estamos ante un *Derecho preventivo*, mientras que en el otro, nos

encontramos con un *Derecho administrador de los litigios*.<sup>5</sup>

En el sistema anglosajón y, dentro de éste, muy especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, se desconoce el instrumento público para las relaciones jurídicas privadas, utilizándose para éstas formas libradas a los propios contratantes, se da primacía a la prueba testimonial y la ejecución de las obligaciones requiere de la intervención judicial. Recurrir a los tribunales no sólo es frecuente en E.E.U.U. sino que nos animamos a decir que para sus ciudadanos hasta es deseable que ello ocurra, ya que es clásica la afirmación de que toda persona tiene derecho a su día en la Corte (*his day in Court*) y todo esto deviene en el alto costo de la administración de justicia en ese país.<sup>6</sup>

Los documentos —aún los más trascendentes— pueden ser redactados por los propios contratantes —bastando en algunos casos con llenar los blancos de formularios que se pueden adquirir en los comercios— quienes, por carecer de la capacitación necesaria, muchas veces incurren en irregularidades que configuran nulidades y, cuando recurren a profesionales, cada parte consultará al suyo —ya que no existe una figura imparcial, como la del notario latino—.

En general, los documentos que tienen por objeto un interés en bienes inmuebles, requieren *aknowledgement* (reconocimiento u otorgamiento) lo que suele hacerse ante *notary public*, quien tiene una función limitada a verificar la identidad de los comparecientes mediante la exhibición de cualquier documento —oficial o no— y a asegurar que el documento suscripto es genuino, no teniendo por qué controlar su contenido y, consecuentemente, tampoco su legalidad o legitimidad.

Pero lo que más nos importa destacar es que la verdadera eficacia del negocio depende

<sup>2</sup> La doctrina señala varios factores en esta diferenciación. MOTEL, p. ej., se refiere a fuentes del Derecho, objetivos y tiempos de maduración diferentes y destaca que el fenómeno de la insularidad también tuvo que ver: “*L’insularité accentue en la favorisant la distance entre les deux cultures juridiques*” (MOTEL, Jacques: “*Le contrat sous le sceau de l’Etat on droit romano-germanique et son absence dans les pays de Common-law. Causes historiques et culturelles*”, *Le Gnomon*, N° 110, septiembre/octubre de 1997, pág. 5)

<sup>3</sup> MOLA, ROQUE: “Avance o retroceso del ordenamiento jurídico”, *Ley y Sociedad*, N° 2, 1988, pág. 84 y 85.

<sup>4</sup> Son muchos los trabajos que profundizan sobre estas diferencias. Para la exposición de este punto, reiteramos conceptos expuestos en nuestro trabajo mencionado en la nota 1, pág. 31 a 34.

<sup>5</sup> Las expresiones en cursiva, pertenecen a SANTOS BELANDRO, RUBEN (“La función notarial en la contratación y economía de mercado”, trabajo presentado a la IX Jornada Notarial Iberoamericana, Lima, 11-14 de octubre de 2000, contenido en el *diskette* 3).

<sup>6</sup> En “*Le Notariat dans le monde*”, publicación de la Unión Internacional del Notariado Latino [sin lugar ni fecha de edición], pág. 4, figura un cuadro comparativo de algunos países integrantes de la mencionada Unión y de E.E.U.U., en cuanto al costo de la administración de justicia, según datos correspondientes al producto nacional bruto y al año 1994. De los países de Notariado Latino tomados en cuenta, Bélgica es el de porcentaje más alto, con 1,4% del PNB, mientras que E.E.U.U. alcanza al 2,2%.

rá de pronunciamientos judiciales sobre los derechos y obligaciones del caso, por lo que, tal situación de incertidumbre y riesgos, se atiende con seguros.

En cuanto a la función notarial, hay matices diferenciales entre Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica.

En Gran Bretaña —exceptuado el Notariado de Londres, admitido en 1998 como miembro de la Unión Internacional del Notariado Latino— la función es principalmente asesora y sus documentos carecen de autenticidad.

En Estados Unidos de Norteamérica, el *notary public* es nombrado —según lo disponga la legislación de cada Estado— por el Secretario de Estado o por los tribunales. Se le exige honestidad, prestar fianza y pagar por una patente o licencia de carácter temporal. No requiere estudios especiales, puede dedicarse a cualquier otra actividad y su labor consiste en identificar al compareciente —por medio de la exhibición de un documento de identidad público o privado— certificando luego el instrumento a autenticar. Esta autenticación —llamada *notarización*— tiene por finalidad asegurar que un documento en particular —ése que le es exhibido y suscripto en su presencia— es auténtico, en el sentido de genuino o no falsificado, distinguiéndolo de cualquier otro documento aparentemente idéntico. No tiene por qué tomar conocimiento del contenido del documento cuya suscripción auténtica, el cual puede, incluso, estar redactado en otro idioma y tener espacios en blanco sin completar.

Los riesgos provenientes de una actuación tan restringida y de la ausencia, en muchos casos, de la intervención de profesionales del Derecho, se cubren —como ya dijimos— con seguros.

Muy distinto es lo que ocurre con la función notarial latina, a la que nos referiremos a continuación, en capítulo especial y sobre la cual centraremos en adelante nuestro enfoque.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> HUGO PÉREZ MONTERO ha sintetizado con toda claridad las diferentes consecuencias de uno y otro sistema: "En materia inmobiliaria (en Estados Unidos) la falta de un notario-jurista y de un instrumento como la escritura, con valor de plena prueba, tasado por la ley, ha traído como consecuencia una inseguridad jurídica, que ha pretendido cubrirse con un <Seguro de título>, que es un valor de costo agregado a la operación y que contiene tal cantidad de excepciones, que generalmente obliga a esperar el fin del juicio antes de cobrar la indemnización que cubra la pérdida del dominio, no obstante los daños y perjuicios que ocasionan circunstancias alegadas como las de un mejor derecho,

### III. LA FUNCION NOTARIAL LATINA: CONCEPTO, NATURALEZA JURIDICA Y CONTENIDO

Es muy rica y profusa la doctrina elaborada en torno al concepto, naturaleza jurídica y contenido de la función notarial latina, por lo que sería sobreabundante profundizar sobre el tema. En consecuencia, nos limitaremos a referirnos, muy someramente, a las posturas que compartimos.

En ese orden de ideas, el concepto que manejamos ya anticipa nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica y el contenido de dicha función: *FUNCION NOTARIAL: es la función pública cometida legalmente a un agente imparcial, el Escribano, quien la ejerce privadamente, cuyo objeto es el asesoramiento cauteloso y la armonización de los intereses de los requeirientes y dar forma y autenticidad a los negocios jurídicos y actos jurídicos no negociales, en el ámbito de la realización pacífica y espontánea del Derecho.*<sup>8</sup>

provocadas por una falta de estudio jurídico previo...El Notario del sistema latino ha ofrecido a sus usuarios lo más importante para ellos que es la seguridad en la eficacia jurídica (de los actos) que se realizan ante nuestros notarios, lo que se traduce en un estado de paz y tranquilidad social sobre la posesión y el dominio de la tierra, que no existe en los Estados Unidos" (Párrafos tomados de la carta que remitiera el 11 de junio de 1997 a la Asociación de Escribanos del Uruguay, refutando afirmaciones hechas por el Ing. Agr. Daniel Gianola en la exposición que éste formulara sobre "Las estructuras académicas hacia el siglo XXI", en el Seminario sobre "Universidad, desarrollo y siglo XXI", que ese año organizara la Agrupación Universitaria del Uruguay.

<sup>8</sup> Como aclaramos en un trabajo anterior, en esta definición hemos conjugado las enseñanzas recibidas de dos grandes Maestros del Notariado uruguayo, los Profesores Escribanos RUFINO LARRAUD y JULIO R. BARDALLO. En especial, queremos recordar el acotamiento del contenido de la función como tal, que se desprende de las palabras del primero de los nombrados: "Entendemos necesario aislar una actividad que el Escribano realice como propia y característica, pero que además le venga reclamada como ineludible por los fines que la existencia de la institución persigue, a la vez que sea razón de ser de su estructura y de su régimen orgánico" (LARRAUD, RUFINO: Curso de Derecho Notarial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, párrafo 71, pág. 135). Véase SIRI GARCÍA, JULIA: La función notarial, función preventiva de litigios: El consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos. En: XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, 2001), Tema I, Trabajos del Notariado uruguayo, Ed. Asociación de Escribanos del Uruguay, [Montevideo] agosto de 2001, pág. 14.

Consideramos que la función notarial es una función pública, fundándonos, entre otras, en las siguientes consideraciones:

- la intervención notarial como elemento de realización de uno de los fines primarios del Estado —la seguridad jurídica— y de uno de los principales cometidos estatales —la aplicación espontánea y pacífica del Derecho, mediante la regulación y la orientación de la conducta de las personas y el fomento del autocumplimiento de sus obligaciones—;

- el requisito de la investidura o habilitación estatal para el ejercicio de la profesión, como una manifestación ostensible de la atribución de poderes del Estado;

- la imparcialidad y la obligatoriedad de prestación de la actividad, propias de toda función pública y ontológica y legalmente exigidas al Notariado;

- la existencia sea de una Ley Orgánica Notarial, sea de capítulos orgánicos específicos dentro de otras leyes, detalladamente reguladores de la actividad.<sup>9</sup>

A la vez, estimamos que el Escribano es un profesional liberal, en sentido restringido, o sea profesional universitario. La noción restringida de profesión liberal, apunta al ejercicio habitual de una actividad como *modus vivendi*, redituable, con autonomía técnica, sujeta a capacitación —que culmina con la obtención de un título generalmente universitario—, habilitaciones o registro, controles, reglamentación y responsabilidad —particularmente disciplinaria—. Aún cabe otra acotación del concepto, a profesional de Derecho —como lo considera la definición dada por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948).<sup>10</sup> Nos importa agregar dos notas a la conceptualización de profesional liberal, —cuya aplicación al Notariado examinaremos después que TRIGO enfatiza citando a MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI y a YZQUIERDO TOLSADA—: a) la libertad que asiste al profesional para prestar o no su atención y para hacerlo del modo que juzgue

conveniente, siendo sólo responsable ante su propia conciencia y b) la independencia del ejercicio de la actividad y la aceptación del riesgo de la eventualidad de sus propios ingresos.<sup>11</sup>

Si entramos en mayores detalles, apreciaremos que el Escribano es un profesional liberal pero con singulares características. En efecto, como todo profesional liberal el notario desarrolla habitualmente una actividad como *modus vivendi*, redituable, con autonomía técnica, sujeta a capacitación —que culmina con la obtención de un título o diploma universitario—, habilitación, controles, reglamentación y responsabilidad —particularmente disciplinaria—. A ello cabe agregar que también lo caracteriza, como profesional liberal, la independencia del ejercicio de la actividad y la aceptación del riesgo de la eventualidad de sus propios ingresos.

No obstante, esa profesión liberal especial que es el Notariado, queda irremediablemente marcada por la función pública, que echa por tierra una de las notas principales de aquella que apuntáramos más arriba: la libertad que asiste al profesional para prestar o no su atención y para hacerlo del modo que juzgue conveniente, siendo sólo responsable ante su propia conciencia. El notario, una vez requerido para ello, está obligado legalmente a prestar su función y debe hacerlo según las formas requeridas (art. 60 de la Ley Orgánica Notarial Uruguaya —Decreto-ley N° 1421, de 31 de diciembre de 1878— y art. 1574 del Código Civil Uruguayo<sup>12</sup>).

<sup>11</sup> TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.: La responsabilidad civil de los profesionales”, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 115, pág. 189, se remite a expresiones de MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, RICARDO LUIS, Contratos médicos (La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 81, nota 2) y de YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, La responsabilidad civil del profesional liberal (Reus, Madrid, 1987, p. 11).

<sup>12</sup> Art. 60 L.O.N. uruguaya: “Es deber de los escribanos autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan legítimo impedimento”.

Art. 1574 Código Civil Uruguayo: “Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de un carácter oficial, ha sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe, mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

Otorgado ante Escribano e incorporado en un protocolo o registro público se llama *escritura pública*.

Se tienen también por escritura pública la otorgada ante funcionario autorizado al efecto por las leyes y con los requisitos que ellas prescriban”.

<sup>9</sup> SIRI GARCÍA, JULIA: Notariado: ¿función pública o profesión liberal?, trabajo para la reunión de la Comisión de Asuntos Americanos de la U.I.N.L., celebrada en Honduras, 2002.

<sup>10</sup> “El notario latino es el profesional de Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En la función está comprendida la autenticación de hechos”.

Esas connotaciones, profesión liberal y función pública, se dan para el Escribano en forma inescindible, configurando ambas, en inseparable conjunto, la función notarial.<sup>13</sup>

La congruencia de esta idea, queda corroborada con una breve enunciación del contenido de dicha función, que comprende:

- el autoexamen del Escribano en cuanto a su competencia y a la ausencia de limitaciones legales o dentológicas para su actuación en el caso planteado;

- asesorar a los interesados para que, con pleno conocimiento de la situación, puedan decidir libremente;

- analizar el caso y verificar su legalidad;

- confirmar la capacidad de los contrayentes;

- estudiar la legitimación —en cuanto al nexo del sujeto con el objeto de la transacción y en cuanto a las representaciones invocadas— es decir, la aptitud de la persona para incidir en la situación jurídica de que se trate;

- conformar la voluntad de los eventuales otorgantes, mediando imparcialmente en la negociación;

- controlar los aspectos tributarios concernientes;

- documentar públicamente la voluntad expresada;

- velar por la ausencia de vicios del consentimiento y el cumplimiento estricto de las formalidades requeridas, incluidas las formas de publicidad necesarias o convenientes.<sup>14</sup>

Un cumplimiento cabal de la función, contribuye a la realización del Derecho en la normalidad<sup>15</sup> y afirma la seguridad jurídica en forma preventiva, como veremos ulteriormente.

De lo hasta aquí expuesto resulta que la naturaleza jurídica de la función y su contenido, están demostrando la existencia de relaciones jurídicas entre el notario y el Estado y entre el notario y los requirentes, cuyo análisis previo se impone al estudio de la responsabilidad de ellas emergente.

### III. LAS RELACIONES JURIDICAS NOTARIALES: CON EL ESTADO Y CON LOS REQUIRENTES

Más arriba expresamos que uno de los elementos en que fundamos el carácter público de la función notarial, es el requisito de la investidura o habilitación estatal para el ejercicio de la profesión, como una manifestación ostensible de la atribución de poderes del Estado.

La investidura genera un vínculo entre el notario y el Estado, al que BARDALLO llama *relación notarial funcional* y que define como la que "vincula al escribano y al Estado, es de carácter legal, administrativa, no jerárquica y tiene por objeto el ejercicio de la función notarial (atribución, contralor y disciplina)".<sup>16</sup>

De esta relación, deriva la *responsabilidad disciplinaria o profesional* del Escribano, quien, en el ordenamiento positivo uruguayo, responderá ante el órgano que tiene la superintendencia de contralor, disciplinaria y reglamentaria del Notariado nacional, la Suprema Corte de Justicia.<sup>17</sup>

En nuestra opinión, de esta misma relación funcional derivan ciertas connotaciones de otros tipos de responsabilidad notarial, tales como la *penal* y la *tributaria*. Así, si bien no hay delitos específicamente notariales, puesto que el Escribano puede incurrir en cualquier delito como toda persona, está expresamente previsto que su condición de Escribano agrava su responsabilidad penal en los casos de delitos de falsificación documentaria, por su equiparación

<sup>13</sup> En este sentido, participamos de la opinión de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS ("El notario: función pública, función privada. Su inescindibilidad", en Rev. Notarial N° 858, 1981) y CRISTINA NOEMÍ ARMELLA y otros ("Función notarial y responsabilidad", en Rev. Notarial N° 886, pág. 435 y sig.).

<sup>14</sup> Aquí reiteramos las ideas expresadas en nuestra obra antes citada, *El Notariado en la era de la Tecnología*, pág. 28.

<sup>15</sup> GELSI destaca que el proceso "es un instrumento jurídico para aplicar el derecho cuando quienes deben hacerlo no pueden, no quieren o no saben como lograrlo" (GELSI BIDART, ADOLFO: "Espíritu del Código", en Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Ley 15.982, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, pág. 6)

<sup>16</sup> BARDALLO, JULIO R.: *Relaciones jurídicas notariales*, Ed. Universidad de la República, División Publicaciones y Ediciones, [Montevideo], 1975, pág. 39.

<sup>17</sup> Ley Orgánica Notarial (D.L. 1.421) y complementarias y, en su expresión reglamentaria, art. 203 de la Acordada N° 4.716, de 10 de febrero de 1971 (Reglamento Notarial): "Corresponde privativamente a la Suprema Corte de Justicia, la superintendencia del notariado mediante el ejercicio de las potestades de contralor, disciplinaria y de reglamentación de la función notarial".

al funcionario público.<sup>18</sup> De similar manera, las leyes de contenido tributario, suelen valerse del notario como agente de control, liquidación, retención y pago de tributos, disponiendo para estos casos, si hubiera actuación irregular, la responsabilidad solidaria del profesional con el contribuyente, sin perjuicio de otras posibles sanciones.<sup>19</sup>

Además de esta relación notarial funcional, destaca BARDALLO la existencia de la *relación notarial formal*, que tiene por sujetos al notario y al requirente (o requirentes) y que define como “relación legal, onerosa y de confianza, que vincula al escribano y a los requirentes, en virtud de la *rogatio*, cuyo objeto es la constitución de una forma jurídica notarial idónea, para alcanzar fines determinados”.<sup>20</sup> Esta relación notarial formal, preexiste a la relación sustancial —es decir a la que vincula a los requirentes entre sí— y permitirá conformar ésta legalmente.

El autor señala que “la *relación notarial se rige por las normas del derecho notarial, y la relación sustancial, por el derecho en cuyo ámbito cae la misma: derecho civil, comercial, administrativo, etc.*” y pone especialmente de relevancia que la primera de ellas “surge por ministerio de la ley, no por el consentimiento libremente prestado”<sup>21</sup> A la incidencia de la ley en el nacimiento de esta relación, nos referimos precedentemente, al caracterizar a la función notarial como función pública.<sup>22</sup>

En general, compartimos esta concepción de un vínculo entre el Escribano y los requirentes que nace por imperio de la ley, en el que éstos libremente eligen al notario interviniente mientras que el profesional está obligado (sal-

vo legítimo impedimento) a admitir el requerimiento. Estimamos que esto surge claramente del ordenamiento jurídico uruguayo y de la mayor parte del Derecho comparado. Sin embargo, nos apartamos del pensamiento de BARDALLO y nos acercamos a LARRAUD, en tanto consideramos que el objeto de la relación puede no sólo ser el instrumento notarial (en las palabras de Bardallo, la “forma jurídica notarial idónea”), sino un documento privado intervenido por Escribano —al que denomina *documento notarial inaparente*— y aún el asesoramiento profesional aunque no culmine en la facción de un documento.<sup>23</sup>

En un trabajo anterior<sup>24</sup>, recordábamos la acertada distinción de LARRAUD respecto del asesoramiento que brindan los profesionales del Derecho, marcando el carácter definidamente *cautelar* del consejo notarial: “hay un asesoramiento que corresponde al abogado, por natural extensión de su función de defender, ya que dice relación con derechos cuestionados real o potencialmente... Pero hay también una consulta y un asesoramiento jurídico que se inscriben de manera cabal, por su naturaleza cautelar, precautoria, en el plano de la normalidad jurídica y del cumplimiento espontáneo del derecho: corresponde al escribano; desde un punto de vista doctrinal integra su función y sólo a texto expreso puede serle retaceado”.<sup>25</sup> CARNELUTTI había anticipado esta distinción cuando, al hablar del *respondere* como incumbencia compartida por notarios y abogados, reserva para los primeros el *cavere*.<sup>26</sup>

De nuevo retomamos la idea de que de las relaciones jurídicas que se traban entre el Escribano y el Estado (relación jurídica notarial funcional) y entre el Escribano y el o los requirentes (relación jurídica notarial formal) puede generarse responsabilidad tanto para uno como para el otro sujeto de cada relación. A los fines de nuestro estudio interesa sólo la responsabilidad (o responsabilidades) en que pueda incurrir el notario y a ello nos referiremos a continuación.

<sup>18</sup> Código Penal Uruguayo: “Art. 245 (Personas asimiladas a los funcionarios públicos) A los efectos de la falsificación documentaria, los Escribanos serán considerados funcionarios públicos.”

<sup>19</sup> La más que centenaria Ley Orgánica Notarial uruguaya, ya tenía previsiones al respecto: “Art. 76.- Si se probase a un Escribano haber autorizado escrituras públicas en contravención a lo dispuesto en los incisos 4º, 5º, 6º y 7º del artículo 65, además de la responsabilidad que le impone el artículo anterior, será responsable para con el Fisco, solidariamente con las partes contratantes, del importe de cualquier clase de derechos fiscales que pesasen sobre los bienes materia del contrato”.

<sup>20</sup> BARDALLO, ob. cit., pág. 16.

<sup>21</sup> BARDALLO, ob. cit., pág. 14 y 17.

<sup>22</sup> Véase la transcripción del art. 60 de la Ley Orgánica Notarial uruguaya, en nota 8.

<sup>23</sup> LARRAUD, RUFINO: Curso..., ob. cit., pág. 150, 200 y 201.

<sup>24</sup> SIRI GARCÍA, JULIA: La función notarial: función preventiva de litigios... ob. cit., pág. 19.

<sup>25</sup> LARRAUD, RUFINO: Curso de Derecho Notarial, ob. cit., pág. 150.

<sup>26</sup> CARNELUTTI, FRANCISCO: “La figura jurídica del notario”, Rev. Internacional del Notariado, año 1950, pág. 120 a 129.

#### IV. RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO: TIPOS E INTERRELACION

Ya dejamos establecida nuestra opinión acerca de que de la relación notarial funcional, o sea la que vincula al Escribano y al Estado, se deriva no sólo la responsabilidad disciplinaria —como lo señala BARDALLO— sino también algunas especificidades de la responsabilidad penal y de la responsabilidad fiscal del notario. Asimismo, tal como lo indica el mismo autor, de la relación notarial formal, es decir la que se traba entre el Escribano y el o los requerientes, deriva la responsabilidad civil del notario —sin perjuicio de dejar apuntado, desde ya, que también puede haber una responsabilidad notarial civil frente a terceros (es decir, no requerientes)—. De modo que puede resultar apropiado hablar de responsabilidad notarial, distinguiendo dentro de ella varios tipos, o bien referirse a responsabilidades notariales.

En forma muy sucinta, daremos un concepto de responsabilidad y de cada uno de esos tipos de responsabilidad notarial y veremos cómo de la propia ley resulta que pueden interrelacionarse o, en otras palabras, ser acumulativos.<sup>27</sup>

Hay responsabilidad —dice LARRAUD— cuando por consecuencia de haberse violado una regla de derecho, alguien resulta jurídicamente obligado a soportar la sanción respectiva.<sup>28</sup> La amplitud de esta concepción —*sanción respectiva*— permite concluir que la sanción puede consistir tanto en la reparación al otro cuanto en una pena o aflicción al infractor.<sup>29</sup>

La *responsabilidad notarial disciplinaria* protege al orden interno de la profesión, procurando evitar que el Escribano se aparte del ejercicio correcto de ella, so pena de sanciones que primordialmente afectan la actividad funcional. Esta responsabilidad toma al Escribano en cuanto integrante del cuerpo notarial.<sup>30</sup> En el Derecho uruguayo, diversas normas fundamentan

el poder disciplinario de la Suprema Corte de Justicia sobre el Notariado.<sup>31</sup>

La *responsabilidad notarial penal* procura dar satisfacción a la opinión pública ofendida por el accionar delictivo del Escribano, mediante la imposición a éste de una sanción aflictiva (pena).<sup>32</sup> El delito ha de ser doloso o ultraintencional y ser cometido en el ejercicio de la función notarial o con abuso de la profesión o de la fe pública.<sup>33</sup>

La *responsabilidad notarial fiscal o tributaria* consiste en la obligación *ex lege* impuesta al Escribano en razón de su profesión, de satisfacer mediante las sanciones respectivas el interés del Estado en la efectividad de los tributos.<sup>34</sup>

La *responsabilidad notarial civil* se refiere al interés privado de los particulares y remata en una sanción pecuniaria (indemnización) que tiende a reparar el daño resultante para éstos de una conducta funcional ilícita del Escribano (acción u omisión).<sup>35</sup>

Tanto la doctrina como la legislación (al menos, la legislación uruguaya), admiten la acumulación de los distintos tipos de responsabilidad notarial.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Art. 12, 13 y 15 de la Ley N° 575, de 28 de junio de 1858 y art. 22, 34 y 69 del Decreto-ley N° 1421, de 31 de diciembre de 1878. Interesa también el Capítulo III del Título IV de la Acordada 4716, de 10 de febrero de 1971 (Reglamento Notarial). Hay jurisprudencia que, en acatamiento de esta potestad de la Suprema corte de Justicia, ha declinado competencia ante ciertos planteamientos (La Justicia Uruguaya, caso 7162: El particular que no imputa a un Escribano la comisión de un ilícito penal ni reclama en acción civil por daños y perjuicios que le haya causado y que simplemente alega una omisión de orden formal en su actuación como es la no expedición de copias de escrituras, actúa dentro de la órbita en la que corresponde entender privativamente a la Suprema Corte de Justicia y no tiene iniciativa para plantear los hechos ante un Juzgado Civil que no es el que rubrica su protocolo y al que corresponde declinar competencia)

<sup>32</sup> SIRI, Ensayo..., ob. cit., pág. 35.

<sup>33</sup> Ley N° 12.395, de 2 de julio de 1957.

<sup>34</sup> SIRI, Ensayo..., ob. cit., pág. 40. Interesan especialmente el art. 76 de la Ley Orgánica Notarial Uruguaya.

<sup>35</sup> SIRI, Ensayo..., ob. cit., pág. 17. El art. 75 de la Ley Orgánica Notarial uruguaya dispone: "Los Escribanos responderán en todos los casos a las partes de los daños que les hubiesen resultado del mal desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las penas a que pudieran haberse hecho acreedores"

<sup>36</sup> Dicha concurrencia o acumulación está prevista legalmente por los art. 15 de la Ley N° 575 y 34, 75 y 76 de la Ley Orgánica Notarial uruguaya.

<sup>27</sup> Para ello, nos valdremos de las nociones que, hace muchos años, expusimos en nuestro Ensayo sobre la responsabilidad notarial, Universidad de la República División Publicaciones y Ediciones, Montevideo, 1977 (Publicado también en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, T. 64).

<sup>28</sup> LARRAUD, RUFINO: Curso... ob. cit., pág. 694.

<sup>29</sup> SIRI, Ensayo... ob. cit., pág. 13.

<sup>30</sup> SIRI, Ensayo..., ob. cit., pág. 49.

De conformidad con lo expuesto, resulta que en el ordenamiento jurídico uruguayo, las diversas formas de responsabilidad del Escribano están expresamente previstas en normas propias del Derecho Notarial. Esto no debe sorprendernos, sino que es una consecuencia ineludible del carácter público de la función notarial y de la magnitud de los poderes atribuidos a su agente.

Lo que acabamos de expresar no significa que la responsabilidad notarial escape al régimen jurídico general en materia de responsabilidad y constituya una responsabilidad especial, sino que se ve influida, como más adelante veremos, por la naturaleza del Derecho Notarial, que es Derecho Público y, como tal, impone sus normas sin que los interesados, subordinados a ellas, puedan hacer prevalecer su voluntad —como ocurre en el Derecho Privado—.<sup>37</sup>

El tema de la presente Jornada atañe expresamente a la responsabilidad notarial civil,

<sup>37</sup> Algo parecido dijimos en nuestro Ensayo citado, especialmente para la responsabilidad notarial civil (pág. 17) y quizá nuestra manifestación no resultó clara o fue malinterpretada por ORDOQUI, quien expresó al respecto: “En nuestra opinión, no creemos que sea correcto pensar en un sistema de responsabilidad profesional propio del Derecho Notarial pues por más que se haga alusión a normas particulares, las mismas no importan principios propios ni escapan de las disposiciones generales que sobre el particular ordena el derecho civil. Nada hay en el texto del artículo 75 [se está refiriendo al art. 75 de la Ley Orgánica Notarial] que nos permita sostener que la intención del legislador fue apartarse del sistema general de responsabilidad civil regulado por el Código Civil. También en el artículo 146 de la Ley Orgánica de la Judicatura (Ley 15.750) se alude genéricamente a la responsabilidad civil del abogado pero no con el ánimo de apartarse del régimen general del Código Civil” (ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: Responsabilidad civil del profesional liberal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, pág. 184 y 185). La opinión de Ordoqui fue recibida por la judicatura (La Justicia Uruguaya, caso 14.294: “En sede específica de responsabilidad del notario ha señalado prestigiosa doctrina, que <la responsabilidad del escribano se rige por las normas del derecho común> [Gherzi, C.: Responsabilidad profesional, T. 2 p. 38]. Y ello más allá en nuestro Derecho Positivo, de la previsión del art. 75 del Reglamento Notarial [sic] que expresa: <los escribanos responderán en todos los casos a las partes, de los daños que les hubiesen resultado del mal desempeño de sus funciones...>; esta disposición no pretende la consagración de <un sistema de responsabilidad profesional propio del Derecho Notarial>, desde que las normas particulares <no importan principios propios ni escapan de las disposiciones generales que sobre el particular ordena el derecho civil> [cf. ORDOQUI, G., Responsabilidad Civil del Profesional Liberal, ps. 184-185].”)

por lo que dejamos de lado a las otras responsabilidades del Escribano —no porque tengan menor importancia, sino porque no constituyen el objeto de análisis del presente trabajo— y pasamos a referirnos a ella, siguiendo el orden de exposición adelantado precedentemente, en la Introducción.

## V. LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL CIVIL: NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD (EXTRACONTRACTUAL O CONTRACTUAL) Y DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS (DE MEDIOS O DE RESULTADO)

En este capítulo, nos referiremos a algunos aspectos del tema, que consideramos relevantes:

- Naturaleza de la responsabilidad notarial civil.
- Pactos o cláusulas de exoneración o atenuación de la responsabilidad.
- Naturaleza de las obligaciones asumidas por el Escribano.
- Categorización del vínculo entre notario y requirentes.
- La Ley de Relaciones de Consumo y la responsabilidad profesional.

### 1) Naturaleza de la responsabilidad notarial civil

Durante muchos años, el enfoque de la responsabilidad basado en la fuente de la obligación de prestar la función notarial —la ley— y en la irrelevancia de la voluntad del Escribano al respecto, nos convencieron de que la responsabilidad civil notarial era de índole extrac contractual. El razonamiento era simple: el Escribano no es libre de aceptar o negarse al requerimiento de su actuación, sino que tiene que admitirlo —salvo la existencia de un legítimo impedimento— por lo que no puede haber contrato si una de las partes no tiene libertad para expresar su consentimiento; si no hay contrato, no corresponde aplicar el régimen de la responsabilidad contractual sino el de la responsabilidad extrac contractual, propio de las obligaciones *ex-lege*.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Por diversos motivos, esa posición subsiste: la Corte de Casación francesa sostiene que los notarios no están, frente a su clientela, en una situación contractual, lo que conduce a aplicarles las reglas de la responsabilidad extrac contractual. Así lo indica VINET: “dans beaucoup d’hypothèses, la jurisprudence se montre

La lectura de numerosas obras destinadas al análisis de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad civil notarial en particular, nos han llevado a un cambio del punto de vista tomado en cuenta para el estudio del tema y, por consiguiente, a variar radicalmente nuestra posición.

Ahora tenemos bien claro que lo que importa no es la fuente de la obligación sino la existencia o no de una relación o vínculo entre las partes involucradas y que no debe llamarnos a confusión la impropia denominación de la responsabilidad contractual, ni opacar el amplio campo que esta responsabilidad abarca. PEIRANO FACIO señala la impropiedad de las denominaciones aplicadas tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual y fundamenta extensamente cuál es el verdadero ámbito de aplicación de cada una de ellas.<sup>39</sup>

aujourd'hui soit franchement favorable à l'application des règles delictuelles, soit incertaine. Ainsi la Cour de Cassation continue-t-elle à affirmer que le notaire et l'huissier, en leur qualité d'officiers publics, ne sont pas, vis-à-vis de son clientèle, dans une situation contractuelle, ce qui conduit à leur appliquer les règles de la responsabilité delictuelle" (VINEY, Geneviève: *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*, 2<sup>a</sup> Ed., L.G.D.J., París, 1995, pág. 323).

<sup>39</sup> "No puede desconocerse, sin embargo, que la expresión *responsabilidad extracontractual* también es pasible de críticas, ya que adolece del vicio de ser excesivamente amplia. En efecto: al hablarse de responsabilidad extracontractual se está haciendo referencia a todo género de responsabilidades que nazcan fuera del estatuto del contrato; de esta manera, quedan incluidas en la expresión que comentamos las nociones de responsabilidad cuasicontractual y de responsabilidad por violación de obligaciones legales, que, como luego se verá, no corresponden al ámbito de la institución que estamos considerando."

El autor participa de la tesis que sostiene la "procedencia de la responsabilidad contractual en materia de cuasicontratos y de obligaciones de carácter legal" y expresa que la fundamentación más sólida de esta tesis, en el plano doctrinario, "la formuló POLACCO, en Italia, al establecer que la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual a los casos de violación de obligaciones de origen cuasicontractual o legal se apoya en la naturaleza misma de cada uno de estos órdenes de responsabilidad. En la responsabilidad extracontractual... el intérprete está frente a la violación de obligaciones de índole indeterminada, simples *deberes generales* que incumben a los hombres en tanto que ciudadanos, para decirlo en el lenguaje de CARADONNA, mientras que en la responsabilidad contractual el ilícito radica en la violación de deberes muy concretos, *obligaciones* en sentido estricto, que vinculan a los hombres en tanto que contratantes o que suje-

Estimamos, por lo tanto, válidas, las afirmaciones de que "la ausencia de un vínculo obligatorio previo es lo que caracteriza a la responsabilidad aquiliana..."<sup>40</sup> y que la existencia de ese vínculo, cualquiera sea su origen —aún legal— coloca a la responsabilidad generada en el campo de la responsabilidad contractual.<sup>41</sup>

tos activos o pasivos de una obligación propiamente tal. Ahora bien, como es evidente que en el caso de infracción de deberes de origen cuasicontractual o de origen legal, *stricto sensu*, no estamos frente a la infracción de un *deber general*, sino frente al descafo de una obligación concreta, específica, similar a la que emerge de los contratos, es claro que debemos aplicar a dichos casos el mismo régimen de responsabilidad previsto para la violación de las obligaciones emergentes de los contratos." Brinda argumentos de Derecho Positivo y relacionados con los antecedentes del Código Civil uruguayo, como fundamento de esta posición. "En primer término puede invocarse la estructura del Código Civil oriental, en el cual la llamada responsabilidad contractual no se estudia sólo a propósito de los contratos en particular... sino que se analiza al considerar las diversas especies de obligaciones (Código Civil oriental, Título II, del Libro IV), dándose a entender así, de modo inequívoco, que no existe fundamento para vincular —necesariamente— las disposiciones contenidas en la Sección III, del Capítulo I, del Título II, del Libro IV, relativa a los *daños y perjuicios*, con la violación de las obligaciones emergentes de los contratos." En cuanto a los antecedentes del Código, en estos temas se siguió a MARCADÉ, quien en un pasaje de su *Explication* "establece una tajante distinción entre el régimen de responsabilidad a que se somete la violación de los *deberes generales*, y el régimen de responsabilidad a que se somete la violación de las *obligaciones propiamente dichas*; y si es éste el criterio discriminatorio entre la vigencia de uno y otro orden de responsabilidad en el sistema seguido por nuestro Código Civil, no existe ninguna duda que las obligaciones emergentes del cuasicontrato o de la ley *stricto sensu*, que son obligaciones propiamente tales, no pueden ser regidas por las normas establecidas por el art. 1319 y siguientes, para la violación de los deberes generales, sino que deben, por el contrario, seguir el sistema contenido en el art. 1344 y siguientes del Código Civil, que se ocupan de la mal llamada responsabilidad contractual, que en realidad es responsabilidad por violación de obligaciones propiamente tales." (pág. 88) (PEIRANO FACIO, JORGE: *Responsabilidad extracontractual*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1954, pág. 14, 85, 87 y 88)

<sup>40</sup> SAVRANSKY, MOISÉS JORGE; *Función y responsabilidad notarial*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 56.

<sup>41</sup> "En el Uruguay doctrinaria y jurisprudencialmente reina acuerdo hoy día (a partir de la "Responsabilidad extracontractual" de Peirano Facio). La responsabilidad contractual se genera cuando existe una obligación preexistente incumplida, cualquiera sea su fuente (contractual, legal, cuasi contractual, etc.); por ello es llamada también responsabilidad por incumplimien-

Este punto de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil es de primordial importancia, porque es lo primero a dilucidar cuando surgen reclamaciones en la materia.<sup>42</sup>

Reconocemos, pues, la naturaleza contractual de la responsabilidad del Escribano que se genera frente a los requirentes (vinculados aquél y éstos por la relación notarial formal, que, según vimos precedentemente, tiene su base en el art. 60 de la Ley Orgánica Notarial uruguaya) y el carácter extracontractual de la responsabilidad notarial frente a terceros (con los que el Escribano no tiene vínculo previo y frente a los cuales, por lo tanto, le comprende el deber general de no perjudicarlos). No cabe hacer distinciones entre quien tiene el derecho de designar al notario actuante (que algunos llaman *cliente*) y el otro requirente, puesto que, en virtud del deber de imparcialidad —esencial y característico de la profesión notarial— *el Escribano lo es de las partes y no de ninguna en particular*<sup>43</sup>.

De todas formas, que la obligación nazca de la ley, tiene, en el caso del Escribano, enorme trascendencia, porque la ley le crea un estrecho vínculo con el Estado (relación jurídica notarial funcional) y no sólo determina el nacimiento de la obligación con los requirentes, sino que enmarca muchos aspectos de ésta, según analizaremos enseguida.

No es el objeto de este trabajo estudiar la relación que vincula al Escribano y al Estado, pero nos parece conveniente precisar que este

to (de obligaciones) o responsabilidad debitoria. En cambio, en la responsabilidad aquiliana no existe una obligación anterior que sea violada; lo que se infringe es un deber genérico habitualmente individualizado con la fórmula romana *neminem laedere* (no causar daño a terceros); aquí la obligación recién nace cuando dicho deber (no obligacional) es infringido y se causa un perjuicio a otro." (GAMARRA, JORGE: Responsabilidad civil médica 2, 1ra. Ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, mayo de 2001, pág. 11)

<sup>42</sup> "Tanto uno como otro orden de responsabilidad figuran siempre en los casos de mala praxis, a veces alternativamente (la responsabilidad es contractual o extracontractual) y otras acumulativamente (concurencia de responsabilidades cuando un mismo evento dañoso genera ambas especies). Situar el caso litigioso en una u otra categoría, o en ambas a la vez, es la primera e ineludible tarea que enfrenta el intérprete: la víctima, cuando interpone su demanda de daños y perjuicios, el juez cuando sentencia. Por consiguiente, el punto de partida no puede ser otro que el de determinar claramente en qué criterio está basada la clasificación." (GAMARRA, Responsabilidad médica... ob. cit., pág. 10)

<sup>43</sup> LARRAUD, RUFINO: Curso..., ob. cit., pág. 140.

vínculo, del cual resulta primordialmente la responsabilidad disciplinaria, determina que se genere esta responsabilidad si el notario, sin mediar legítimo impedimento, rechaza el requerimiento formulado para que ejerza su función, y, si se provoca perjuicio al requirente, habrá también responsabilidad civil. La transgresión del citado art. 60, si causa perjuicio, hará surgir, pues, responsabilidad disciplinaria del Escribano, y, eventualmente, responsabilidad civil, aunque respecto de esta última debe tenerse en cuenta que, dado que el requirente puede recurrir a otro notario para la satisfacción de su interés, difícilmente se le ocasionará un daño.

Como acertadamente señalará LED CAPAZ, en consecuencia, en la peculiar actuación notarial podrá existir una responsabilidad por activa y por pasiva: la normal de todo profesional en la prestación de su función, activa, y la que pueda derivársele por la negación injustificada de dicha prestación.<sup>44</sup>

Si por la negativa injustificada del notario se causara perjuicio al requirente, en nuestra opinión habría lugar a responsabilidad civil extracontractual, ya que esa negativa impediría el nacimiento del vínculo entre aquél y éste. El punto es discutible, ya que podría sostenerse que hay una obligación previa y, por lo tanto, en el caso planteado también se generaría responsabilidad contractual.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> LED CAPAZ, JESÚS: Reflexiones que presenta el Notariado español al VI Seminario de los Países Americanos (República Dominicana, 4-6 de agosto de 1994), [pág. 5].

<sup>45</sup> Hace ya muchos años, ante una propuesta de la Fiscalía de Corte a la Suprema Corte de Justicia para que ésta dictara "una resolución de carácter general, mandando prevenir a los escribanos, que deben dar cumplimiento en el ejercicio de sus cargos, a lo dispuesto en el artículo 60 del decreto-ley antes citado, bajo las responsabilidades de derecho", la Corporación consideró que "si bien es cierto que los escribanos deben autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan legítimo impedimento para hacerlo, con arreglo al precepto del artículo 60 del decreto-ley de 31 de diciembre de 1878, también lo es que es indispensable que el acto de que se trate importe, en realidad, una verdadera función notarial y que ella se solicite en los términos y con las formalidades legales correspondientes a cada caso..." y "que no existe tampoco mérito suficiente para dictar, como se pretende, resoluciones de carácter general, recordando y encomendando a los escribanos y actuarios, la observancia de los deberes de su cargo en casos de esta índole, desde que, de estos antecedentes, no aparece comprobada transgresión alguna al respecto". (Vide caso N° 2553 Jurisprudencia Abadie-Santos).

En el caso normal, es decir, en que se admite el requerimiento, la ley da lugar al nacimiento de la relación, la *modaliza*<sup>46</sup> y también determina diversos aspectos de la prestación de la función notarial: obligatoriedad, competencia, inhibiciones, incompatibilidades, veracidad, forma de llevar y conservar sus registros, expedición de copias, identificación de los comparecientes, etc., además de hacer referencia a la gama de responsabilidades en que puede incurrir el Escribano y a su eventual acumulación.<sup>47</sup> Lo indicado resulta de la Ley Orgánica Notarial, que se inscribe, por supuesto, en el ámbito del Derecho Notarial —Derecho Público<sup>48</sup>, indisponible para la voluntad de los interesados— lo que nos permite hablar de una *responsabilidad de índole notarial* que, no obstante, se regirá por el régimen establecido en el Código Civil, sin que por eso cambie su naturaleza.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> La expresión en cursiva, corresponde a LED CAPAZ, quien, bajo el título “Responsabilidad civil en la prestación de funciones: ejercicio de la actividad notarial”, manifiesta: “Es el supuesto normal de la responsabilidad civil. Pero que en la actuación del Notario viene modalizada por esa obligatoriedad a la que antes se ha aludido. En la doctrina está aceptado pacíficamente que la relación jurídica con su cliente es relación contractual pero ello debe verse con las atenuaciones derivadas por el Notario de una función pública que le obliga a la prestación de su ministerio...” (LED CAPAZ, ob. cit., [pág. 6]).

<sup>47</sup> Al respecto, pueden citarse, entre otras, las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica Notarial uruguaya: art. 1, 24, 25, 26, 28, 34, 62, 65, 75, 76.

<sup>48</sup> “... en el derecho notarial el interés colectivo considerado en bloque pasa al primer plano... la actividad del agente tiene carácter principal y no subsidiario; de donde viene a resultar una manifiesta preponderancia de las relaciones de subordinación: todo el régimen orgánico y el formalismo instrumental, y buena parte de las obligaciones asumidas por el notario frente a su cliente, se han establecido bajo este signo. Por consecuencia debe entenderse que el derecho notarial es, en efecto, público, y no privado (LARRAUD, RUFINO: Curso..., ob. cit., pág. 111).

<sup>49</sup> PEIRANO FACIO no se refiere a la responsabilidad notarial, pero sí a otras como la comercial, la procesal y la financiera, situaciones que entendemos son similares a la que nos ocupa: “...es conveniente señalar que para que se configure una responsabilidad comercial no es en ninguna manera necesario que el Código de Comercio tenga disposiciones sobre el particular, y que —correlativamente— el hecho de que estas disposiciones estén en el Código Civil no constituye base bastante para sostener que sólo existen responsabilidades civiles. Porque, una cosa es la responsabilidad en sí misma considerada, y otra muy distinta es el régimen a

En síntesis, reafirmamos nuestra opinión de que la responsabilidad del Escribano no puede ser considerada con prescindencia del Derecho Notarial, aunque éste no consagre un régimen especial y corresponda aplicarle el régimen de responsabilidad contractual previsto en el Código Civil. Esta afirmación tiene importantes consecuencias, porque la naturaleza de Derecho Público del Derecho Notarial hace que sus

que ella está sometida... la responsabilidad jurídica es, en sí misma, una noción unitaria que tiene por consecuencia crear al agente contra el que se hace efectiva, una situación especial que se traduce en la necesidad de cumplir una pena o en el surgimiento de una obligación de indemnizar. Dicha noción, puesto que es unitaria, tiene vigencia en todo el mundo jurídico... no existe ninguna razón... para sostener que el principio del *neminem laedere* antes mencionado, pertenece más al derecho civil que al derecho público, o al derecho comercial que al derecho financiero. Precisamente por eso puede hablarse de que toda la materia de la responsabilidad está regulada, como lo afirma RIPERT, por principios generalísimos que dominan por entero todo el campo del derecho, y que hacen surgir —al producirse la incidencia de lo ilícito en sus diversas ramas— situaciones concretas de responsabilidad (responsabilidad civil, comercial, procesal, financiera, penal, etc.)

Con referencia al caso especial de la responsabilidad civil se da, sin embargo, la circunstancia particular de que por una serie de coincidencias felices de origen fundamentalmente histórico, la noción genérica de responsabilidad se ha visto completada en este campo del derecho por un conjunto de normas muy concretas elaboradas lentamente a la medida del progreso del derecho. Pero debe tenerse presente que la mayoría de estas normas —aunque surgidas a propósito de la responsabilidad civil— forman parte de la teoría general de la responsabilidad que está por encima del Derecho civil propiamente tal, y en razón de esta circunstancia pueden considerarse perfectamente aplicables a cualquiera de las especies particulares de responsabilidad que se producen al incidir lo ilícito en las disciplinas especiales del derecho...

De lo que antecede se desprende, como conclusión general, que la responsabilidad civil propiamente dicha sólo surge cuando se produce un ilícito en el ámbito de la legislación civil, aún cuando las normas que inspiran su régimen positivo —por pertenecer en su mayor parte a la teoría general de la responsabilidad jurídica— puedan ser aplicadas a otras responsabilidades nacidas en otros campos del derecho. Y debe anotarse, todavía, que aún en estas hipótesis, esa aplicación del régimen de la responsabilidad civil no *civiliza* esas otras responsabilidades, las que siguen conservando su propia naturaleza (comercial, procesal, etc.), como consecuencia de lo cual la obligación de reparar que de ellas emerge también mantiene la naturaleza propia al tipo de ordenamiento violado.” (PEIRANO FACIO, Responsabilidad..., ob. cit., pág. 37 a 41).

disposiciones —como ya dijimos— sean indisponibles para los interesados, quienes se encuentran en situación de subordinación a su respecto y no de coordinación como en el ámbito del Derecho Privado, al que pertenece el Derecho Civil.

## 2. Pactos o cláusulas de exoneración o atenuación de la responsabilidad

De lo recién expresado, inferimos que no será posible pactar cláusulas de exoneración o atenuación de la responsabilidad notarial (verbigracia: no puede relevarse al Escribano de sus obligaciones de asegurarse de la identidad de los comparecientes, de cuidar sus Registros, de no actuar en caso de que le afecten inhibiciones o incompatibilidades, de estudiar los títulos de propiedad, de obtener la información registral pertinente respecto de las personas y bienes involucrados, de asesorar o informar adecuadamente a los requirentes, etc.). No se trata de situaciones que afecten al orden público (ni la legislación notarial ni la legislación civil establecen este carácter para las disposiciones que estamos considerando) sino que quedan comprendidas en el ámbito del Derecho Público (Derecho Notarial, en la especie, que claramente determina que los Escribanos *responderán en todos los casos* a las partes de los daños que les hubiesen resultado del mal desempeño de sus funciones —art. 75 de la Ley Orgánica Notarial Uruguay<sup>50</sup>, que ya hemos citado precedentemente—<sup>51</sup>. Es por esta razón —la naturaleza pública del Derecho Notarial— que nos apartamos de los autores que entienden que son admisibles los pactos o cláusulas de exoneración o atenuación de responsabilidad, como es el caso de MOLLA, que trata la cuestión con carácter general —sin referencia específica a la responsabilidad notarial— y esgrime interesantes

argumentos.<sup>52</sup> Más adelante nos ocuparemos de la Ley de Relaciones de Consumo y veremos cómo obsta a la admisión de cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad.

Sin perjuicio de lo que acabamos de expresar, aceptamos que en ciertos casos —cuando haya posibilidad de optar entre diversas soluciones y los requirentes prefieran una distinta a la aconsejada por el notario— pueda el Escribano pedir a las partes que dejen expresado por escrito haber sido debidamente asesoradas sobre las distintas soluciones y sus consecuencias y haber optado en decisión propia por una determinada. Opinamos que esto no es una dispensa o atenuación de responsabilidad, sino una preconstitución de prueba a favor del Escribano, de haber actuado en forma diligente y, sobre todo, de la existencia de una causa extraña —en este caso, la culpa de los requirentes (*hecho del acreedor*)—.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> “Con respecto a la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad, doctrina y jurisprudencia postulan la validez de las cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad, porque ellas no son contrarias al orden público ni a las buenas costumbres. Porque aún formando parte de un contrato de adhesión, su validez no se discute en virtud del principio de autonomía de la voluntad requiriéndose, solamente, la justificación de que existió consentimiento libremente expresado o prestado por la parte débil del contrato y porque la validez del consentimiento no puede ponerse en duda mientras no se pruebe la existencia de violencia pues la presión económica o social carece de tales características” (MOLLA, ROQUE: “Cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad”, Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 77, 1971, pág. 72). También admiten estas cláusulas PRUNELL, J. ANTONIO, en su clásica obra “Responsabilidad civil del Escribano”, Montevideo, 1947 y ARMELLA, CRISTINA y otros; los últimos citados, especifican que “siempre y cuando no se vulnere por este medio el *interés público* que está ínsito dentro de nuestra función. Su utilización será viable. Ello significa que la obligación cuyo cumplimiento culposo se despensa parcialmente, no debe ser esencial a la función notarial y atender únicamente al interés particular o individual de los requirentes” (ARMELLA y otros, ob. cit., Revista Notarial N° 887, pág. 662).

<sup>53</sup> Reiteramos, pues, la posición que sostuvimos en nuestro citado Ensayo...y que en aquel momento, sintetizábamos así: “Los pactos de irresponsabilidad notarial no son de recibo. Sólo podría admitirse la preconstitución de la prueba de la ausencia de culpa del escribano; pero la aquiescencia de los requirentes no puede tener por finalidad exonerar al escribano de la responsabilidad que deriva en razón de sus funciones y no podría relevarlo de efectuar las diligencias que puede y debe normalmente cumplir para asegurar la

<sup>50</sup> Transcripto en la nota al pie N° 32.

<sup>51</sup> Esta afirmación ya la hacíamos en nuestro citado “Ensayo...” publicado en 1977 y en este punto sí ORDOQUI coincide con nosotros: “Entendemos que en este caso los pactos de irresponsabilidad no son válidos pues no debemos olvidar que aquí el escribano opera en ejercicio de la función notarial cuyos perfiles se ubican en la esfera del derecho público y del interés general. Los valores de seguridad y certeza jurídica que están en juego no pueden quedar al arbitrio de acuerdos que realicen las partes. Éstos no pueden afectar o modificar normas de orden público” (ORDOQUI, Responsabilidad civil..., ob. cit., pág.193). Nos permitimos señalar que, al parecer, en este punto, el autor ha confundido los conceptos *Derecho Público* y *orden público*.

Aconsejamos recoger el asentimiento de los requirentes sobre este tema, por escrito, no sólo porque ello facilitará la prueba ulterior<sup>54</sup>, sino porque puede resultar beneficioso también para dichos requirentes, en la medida en que la elaboración y suscripción de un documento tal, no puede menos que llamar su atención sobre el asunto y ponerles de relieve su gravedad.<sup>55</sup> La importancia de una prueba escrita también es relevante para evitar que el notario sea condenado por no poder demostrar la causa extraña que obstaculizó el cumplimiento de la prestación, ya que la doctrina señala que cuando el hecho impeditivo permanece desconocido o la causa no es específicamente individualizada, quien se perjudica es el deudor que soporta el riesgo del hecho anónimo o desconocido.<sup>56</sup>

eficacia de la intervención solicitada" (Ensayo..., ob. cit., pág. 33) Téngase presente que, en aquel momento, participábamos de la posición de la responsabilidad extracontractual, por lo que hablábamos de *prueba de la ausencia de culpa*; en el presente, hablamos de prueba de una causa extraña o de actuación diligente, expresiones que tienen relación con la naturaleza que para nosotros tienen las obligaciones asumidas por el notario y que expondremos más adelante.

<sup>54</sup> GAMARRA, al referirse al consentimiento informado en materia de responsabilidad médica, expresa conceptos que entendemos totalmente aplicables al tema que estamos analizando: "La forma del consentimiento es libre... lo que interesa examinar es la conveniencia de usar o no el escrito... el consentimiento escrito tiene innegables ventajas que lo hacen preferible al verbal; no sólo por ser la más inequívoca forma de consentir, sino además y fundamentalmente porque servirá de prueba... Una correcta documentación de la información verbal que fue suministrada antes, ayudará a protegerse contra las futuras discusiones y controversias que pueden plantearse varios años después de sucedidos los hechos. (Responsabilidad civil médica 1, ob. cit., pág. 166 y 167).

<sup>55</sup> Conforme KHUN, J.P.: *Manuel de la responsabilité notarial*, Dalloz, París, 1962, pág. 178 a 184.

<sup>56</sup> GAMARRA, JORGE: Responsabilidad contractual. II. El juicio de responsabilidad. 1ª. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pág. 51. En el mismo sentido se pronuncia BERDAGUER: "Debe realizar una prueba positiva, *identificando concretamente la causa que le impidió cumplir...* y la jurisprudencia es unánime en cuanto a que el deudor (de una obligación de resultado) *asume el riesgo de la causa desconocida*. Tal fue lo que aconteció con el antes citado caso Zolessi contra el Ferrocarril, en el cual, al ser desconocida la causa que ocasionó el deceso de ZOLESSI, la Suprema Corte condenó al deudor" [El autor se refería al caso 3621 de La Justicia Uruguaya] (BERDAGUER, JAIME: "Las obligaciones de resultado: situación actual y perspectivas futuras", en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor JORGE GAMARRA, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, pág. 36 y 37).

La situación se asemeja mucho a la del "consentimiento informado" del que se habla en materia de responsabilidad médica y esta similitud ha sido manejada incluso por la jurisprudencia, la que también se ha referido a la importancia de la expresión escrita.<sup>57</sup>

### 3. Naturaleza de las obligaciones asumidas por el Escribano

La doctrina, en su inmensa mayoría, ha aceptado la distinción que popularizó DEMOGUE, entre *obligaciones de medio* y *de resultado*. GAMARRA indica que actualmente esta clasificación se convirtió en un engranaje básico de la responsabilidad civil uruguaya en el dominio de los contratos; discutir contra ella sería lo mismo que luchar con molinos de viento.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> "Antes de examinar los hechos constitutivos de responsabilidad profesional de autos, es menester para la mayoría descartar la existencia de un consentimiento informado que enervaría la responsabilidad alegada ... Por otra parte, si fuera cierto lo que afirma en su defensa que <se limitó a redactar un contrato sobre pautas y bases negociadas consensualmente>, debía haber dejado constancia que hiciera alusión <a las advertencias que hubiera hecho> [Cfm. PRUNELL, obra citada, p. 216] sobre las condiciones del negocio no siendo suficiente para la mayoría la mera alegación del previo consentimiento de las partes sobre el tema." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, caso 706)

<sup>58</sup> GAMARRA, Responsabilidad civil médica 1, ob. cit., pág. 11).

LÓPEZ FERNÁNDEZ fundamenta legalmente esta clasificación en la interpretación armónica de los art. 1344 y 1342 del Código civil uruguayo; "el primero le exige al deudor actuar con diligencia" mientras que "el segundo, le exige al deudor, para eximirlo de responsabilidad, que pruebe que no cumplió debido a causa extraña que no le es imputable... No le alcanza con probar que actuó con diligencia, es decir, que actuó con ausencia de culpa" (LÓPEZ FERNÁNDEZ, CARLOS: "Obligaciones de medios y de resultado", Revista de la Facultad de Derecho (de la Universidad de la República), N° 18, julio-diciembre de 2000, pág. 129). Las disposiciones citadas por el autor, disponen:

Art. 1342: "El deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución, aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable."

Art. 1344: "Se entiende por culpa, la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser *grave* o *leve*."

Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve.

En las *obligaciones de medio*, lo que importa es la actividad que despliega el deudor, quien ha de actuar diligentemente, pero que no permite asegurar un resultado dado. En cambio, en las *obligaciones de resultado*, el deudor se obliga a obtener un determinado resultado, que es perseguido por el acreedor. Mientras que en las primeras lo que interesa es la conducta del deudor, quien en su descargo deberá probar su diligencia y su ausencia de culpa, en las segundas, lo que importa es el resultado y pasa a segundo plano el comportamiento de dicho deudor, quien, en su favor, deberá probar la incidencia de una causa extraña. En consecuencia, de las obligaciones de medios deriva responsabilidad subjetiva y de las de resultado, responsabilidad objetiva.

A esta diferencia en cuanto al contenido de la prestación, se unen otras, que van precisando más los respectivos conceptos: la incertidumbre o la certidumbre en la obtención del resultado, el grado de participación del acreedor en la ejecución de la prestación, la distribución de los riesgos y ciertos matices en cuanto a la carga de la prueba.

La aleatoriedad o incertidumbre en cuanto al resultado, es propio de la obligación de medios.<sup>59</sup>

---

Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código."

En contra de esta clasificación se han expresado CAFFERA, GERARDO y MARIÑO, ANDRÉS: "La obligación de resultado un paradigma en crisis", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVIII, pág. 466 a 482. Estos autores destacan que "La modernidad es una cultura del riesgo. Si bien reduce riesgos totales en ciertas áreas y modos de vida, al mismo tiempo introduce nuevos parámetros de riesgo desconocidos totalmente en épocas anteriores". Consideran a la obligación de resultado "un paradigma en crisis" y "una consecuencia perversa de la modernidad" ya que la ciencia moderna "no puede indicar cuál será el resultado de una acción pues los fundamentos teóricos cambian aceleradamente" por lo que "quien se obliga a una conducta desarrollada con utilización del conocimiento científico y tecnología no puede asegurar un resultado, pero de acuerdo al paradigma actual de la ciencia jurídica será casi seguramente condenado por la no producción de ese resultado" (ob. cit., pág. 479).

<sup>59</sup> "Basta entonces que exista <cierta dosis> o un <margen>, por reducido que sea (esto es, con independencia de todo porcentaje) para que la aleatoriedad nos conduzca hacia la obligación de medios" GAMARRA, *Responsabilidad civil médica 1*, ob. cit., pág. 23)

Si el acreedor tiene en el cumplimiento un papel pasivo, la obligación es de resultado, mientras que si su papel es activo, es de medios.<sup>60</sup>

También se entendería que la obligación es de medios si el riesgo no pertenece al deudor en caso de frustrarse el resultado.<sup>61</sup>

De manera fundamental, interesa la distinción en cuanto a la carga de la prueba: el acreedor debe siempre probar el incumplimiento, pero su posición es más favorable en las obligaciones de resultado, porque no está obligado a probar la culpa del deudor.<sup>62</sup>

Finalmente, alguna jurisprudencia, como la francesa, recurre a la equidad: se trata de situar al acreedor que es víctima del daño en la mejor posición para hacer efectiva la responsabilidad del deudor.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> El deudor, tratándose de una "prestación determinada, con perfiles jurídicos y materiales precisos, soporta una obligación de resultado. Por el contrario, si el deudor, sin garantizar el fin esperado, goza de libertad de acción, su prestación es indeterminada y está sometida al régimen de las obligaciones de medios" (CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: "Las obligaciones de actividad y de resultado", José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993, pág. 44). Agrega Cabanillas: "No creemos que la circunstancia de que la prestación esté determinada en mayor o menor medida, sea un criterio decisivo para calificar la obligación de actividad o de resultado" (ob. cit., pág. 44).

<sup>61</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, CARLOS, ob. cit., pág. 117.

<sup>62</sup> GAMARRA, JORGE: "Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIII, 1982, pág. 130. Llamam a la reflexión las siguientes expresiones de LÓPEZ FERNÁNDEZ, quien expone una postura distinta: "...el actor debe probar solamente que la obligación ha nacido, que existe. E incumbe al deudor probar ... los hechos extintivos de la obligación o impeditivos de su cumplimiento. Referido a las obligaciones ya sean de medios o de resultado, la posición que sostenemos mejora sensiblemente la posición del acreedor que demanda a su deudor por incumplimiento al poner de cargo de éste (del deudor) la prueba del cumplimiento que en las obligaciones de medios se verifica probando su quehacer diligente, y, en las de resultado, probando el cumplimiento (el resultado). Y si no ha cumplido deberá probar, para eximirse de responsabilidad tanto en uno como en otro tipo de obligación, la causa extraña no imputable. La prueba de la falta de diligencia o la prueba del incumplimiento son pruebas de hechos negativos, cuya comprobación siempre presenta mayores dificultades que la de los hechos positivos" (LÓPEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 116).

<sup>63</sup> CABANILLAS, ob. cit., pág. 45 y 46.

La doctrina parece ser unánime en cuanto a que, antes que nada, debe estarse a la calificación que hagan las partes, quienes, por el principio de la autonomía de la voluntad, podrían transformar unas obligaciones en otras y, de esta manera, aumentar o disminuir la responsabilidad en juego<sup>64</sup>.

La prestación de la función notarial, ¿se concreta en obligaciones de medio o de resultado?

En general, se entiende que el Escribano asume una *obligación de resultado*.<sup>65</sup> El resultado es un documento auténtico, válido y eficaz, que es lo pretendido por los requirentes.

Antes de emitir nuestra opinión, consideramos imprescindible hacer algunas precisiones.

En primer lugar, con relación a la responsabilidad notarial, nos resulta inadmisibles el criterio de distinción entre uno y otro tipo de obligaciones en función de la calificación que al respecto pudieran hacer las partes. Una vez más hacemos hincapié en que esa responsabilidad viene modalizada por el Derecho Notarial y su caracterización como Derecho Público. Así como nos afirmábamos en la improcedencia de pactos de exención o limitación de la responsabilidad notarial, ahora decimos que no es posible, en ese mismo ámbito de responsabilidad,

<sup>64</sup> GAMARRA dice que “la voluntad de las partes (por el principio de la autonomía de la voluntad) es libre para transformar una obligación de resultado en obligación de medios, y viceversa” y, por nota, se remite a Frossard, Marton, Mazeaud-Tunc, Devoto, Amézaga (GAMARRA: “Las obligaciones de medios...”, ob. cit., pág. 129). LÓPEZ FERNÁNDEZ, en cuanto a los criterios para catalogar a una obligación como de medios o de resultado, señala que “El principal y más importante criterio es la voluntad de las partes. Por acuerdo de voluntades puede transformarse una obligación de medios en una obligación de resultado o viceversa” (“Obligaciones de medio...”, ob. cit., pág. 105).

<sup>65</sup> En esta tesis encontramos modernamente a ARMELLA, COPES, ORIOL, LUCERO, PLA y VIDAL DÍAZ, MOLLA, ORDOQUI. En contra, LÓPEZ FERNÁNDEZ, quien, bajo el título “Obligaciones que pueden catalogarse como obligaciones de medios”, manifiesta que “Deben ubicarse en este ítem aquellas obligaciones de los profesionales liberales que no encajan en la categoría de obligaciones de resultado, tales como las que asume el arquitecto director. También la prestación de servicios de atención médica; el médico no está obligado a curar al enfermo porque esto depende de muchos factores que escapan a su control. Por ello el contrato de asistencia médica no es normalmente un contrato de arrendamiento de obra sino de servicios. Y ocurre lo propio con los servicios prestados por el abogado y el notario” (ob. cit., pág. 110).

una transformación voluntaria de unas obligaciones en otras, porque, además de ser las normas de Derecho Público indisponibles para los interesados, tal transformación no sería otra cosa que una modificación que, en algún caso —si la obligación de resultado pasara a ser de medios— podría devenir en una atenuación de la responsabilidad de la referencia. Aquí también incide, según analizaremos después, la Ley de Relaciones de Consumo.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta, que la función notarial no es sólo forma y autenticidad sino que comprende también asesoramiento y que el requerimiento formulado podría centrarse no en la documentación, sino en el dictamen o consejo. En este punto, las opiniones doctrinarias son dispares e incluso parece haber contradicciones dentro de la misma posición: para algunos también hay allí obligación de resultado, mientras que para otros, se trata de una obligación de medios.<sup>66</sup>

Por otra parte, la función notarial es muy compleja<sup>67</sup>, constituyendo en sí misma un conjunto de actividades, por lo que pueden entremezclarse obligaciones de ambos tipos. Como muy bien señala GAMARRA, “el haz obligacional, que grava a un mismo sujeto deudor, puede comprender simultáneamente tanto obligaciones de medios como de resultado”.<sup>68</sup> Así, en la responsabilidad que nos ocupa, hay una obligación final de resultado —que más adelante caracterizaremos— pero para llegar a ese resultado, aparecen antes otras obligaciones, que podrían ser también de resultado o que podrían ser de medios según como se las enfoque (p. ej.

<sup>66</sup> CABANILLAS afirma que “cuando la prestación consiste en realizar un dictamen mediante remuneración, la prestación es de resultado, ya que se encarga a un profesional, en razón de su pericia, la emisión de una obra técnica”; pero más adelante, refiriéndose a la *prestación de servicios de consulting o de asesoramiento profesional*, expresa que “la pura obligación de asesoramiento no puede ser considerada obligación de resultado. Sobre el asesor recae una obligación de actividad, pues se compromete exclusivamente a actuar con diligencia profesional en su actividad de asesoramiento” (CABANILLAS, ob. cit., pág. 70, 71 y 113).

<sup>67</sup> “Pero la institución notarial, tal como ha sido creada, es una realidad con características tan peculiares, que tomada globalmente, no es posible incluirla dentro de las concepciones corrientes elaboradas por la ciencia jurídica, como no sea desfigurándola profundamente” (LARRAUD, RUFINO: Curso..., ob. cit. pág. 113 y 114. El autor, en este punto, por nota, se remite a SANAHUJA y SOLER).

<sup>68</sup> GAMARRA. “Las obligaciones de medios...”, ob. cit., pág. 130.

las obligaciones notariales de consejo. de asegurarse de la identidad de los comparecientes o de estudiar los títulos las cuales, en nuestra opinión, tienen carácter instrumental y entrañan un *álea*s suficiente como para que sean consideradas obligaciones de medios —aunque reconocemos que no hay unanimidad doctrinaria ni jurisprudencial sobre el tema—.

También nos parece procedente rescatar el pensamiento de ACQUARONE, acerca de que, dada la complejidad de la función notarial, no es de inexorable aplicación el distingo entre obligaciones de medio y de resultado<sup>69</sup>.

Al mismo tiempo, estimamos ineludible recurrir a la moderna teoría que marca una graduación de las obligaciones, tanto de medios como de resultado, clasificándolas en agravadas y atenuadas o aligeradas. Es así que VINEY, luego de afirmar que las dos categorías (medios y resultado) no son absolutamente homogéneas, estudia las citadas variantes. Con relación a las obligaciones de resultado —que son las que más nos interesan a los fines de nuestro estudio—, señala que la obligación de resultado es atenuada o aligerada, cuando se admite que el deudor se exonere estableciendo que no ha tenido culpa —el régimen de responsabilidad al que está expuesto es, entonces, el de una simple presunción de culpa, susceptible de prueba en contrario— mientras que puede ser agravada si la exoneración por causa extraña es parcial o totalmente descartada por voluntad del deudor, quien se compromete, entonces ante cualquier acontecimiento o toma a su cargo expresamente ciertos casos fortuitos o el hecho de ciertos terceros<sup>70</sup>. JUAN MARTÍN ALTERINI, que también se refiere al tema, agrega un tercer

tipo a la clasificación que acaba de exponerse y define cada categoría en términos similares —no iguales— a los recién vistos: en las *obligaciones de resultado ordinarias* o de régimen normal el deudor se exime de responsabilidad demostrando la concurrencia del caso fortuito o, genéricamente, la ruptura de la relación causal (en Uruguay, a tenor del art. 1342 del Código Civil, hablaríamos de *causa extraña*); en las *obligaciones de resultado atenuadas* el deudor se exime de responsabilidad ante el incumplimiento probando que actuó de manera diligente y en las *obligaciones de resultado agravadas* es menester probar la incidencia de un hecho que rompa la relación causal, ese hecho es calificado, pues no basta acreditar el caso fortuito o fuerza mayor, sino que puede requerirse que se pruebe la situación que los determinó.<sup>71</sup>

Entendemos que en la responsabilidad notarial civil, cuando según el caso se trate de obligaciones de resultado, procede aplicar el criterio de las *obligaciones de resultado atenuadas*, que, en nuestra opinión, es recibido por el art. 1343 del Código Civil uruguayo, teniendo en cuenta, específicamente, su ordinal 2º, del cual inferimos que, aunque corresponda probar la incidencia de una causa extraña (en el supuesto legal, caso fortuito), sigue interesando el comportamiento (culpable o no) del deudor y también, según el art. 1344, inciso final, interesan las circunstancias en que se desarrolla la actividad profesional (p.ej., para la resolución urgente de un caso difícil, un profesional que se desempeña en ciudades que cuenten con bibliotecas jurídicas con un acervo que lo respalde en sus opiniones, está en una situación ventajosa frente a un colega que ejerza en el medio rural).<sup>72</sup> A mayor abundamiento, nos parece que

<sup>69</sup> ACQUARONE, MARÍA T.: "Escribanos: carácter de la obligación de reparar", en Revista del Notariado N° 849, 1997, pág. 163. La autora sostiene que "en todos los casos se debe merituar la actividad realizada para el análisis de la responsabilidad emergente" y se remite a un fallo de la Sala F de la Cámara Nacional en lo civil, dictada el 31 de mayo de 1984 (La Ley, 1984-D,4), que, en sus considerandos, entre otros, expresa que "la responsabilidad del escribano nace cuando incumple las obligaciones y reglas de la profesión pero si no existe dolo, culpa o negligencia, no puede imputársele un mal desempeño de sus funciones no siendo en consecuencia responsable civilmente... No se cumple por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación..." (ob. cit., pág. 161, 162 y 163).

<sup>70</sup> VINEY, GENEVIÈVE - JOURDAN, PATRICE: *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª. ed., L.G.D.J., París, 1998, pág. 451 y 454.

<sup>71</sup> ALTERINI, JUAN MARTÍN: "La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 3, N° 2, marzo-abril de 2001. Hemos consultado este artículo en Internet.

<sup>72</sup> Art. 1343: "No se deben daños y perjuicios, cuando el deudor no ha podido dar o hacer la cosa a que estaba obligado o ha hecho lo que le estaba prohibido, cediendo a fuerza mayor o por caso fortuito. (Artículo 1549).

No se entienden comprendidos en la regla antedicha, los casos siguientes:

...

2º Si el caso fortuito ha sido precedido de alguna culpa suya, sin la cual no habría tenido lugar la pérdida o inexecución..." El art. 1344, fue transcripto en la nota al pie N° 58.

se da así una interpretación armónica del Derecho Civil y del Derecho Notarial, en tanto éste hace hincapié en el *buen o mal desempeño* de la función —art. 16 y 75 de la Ley Orgánica Notarial Uruguay—<sup>73</sup>; no puede desconocerse que estas referencias legales al comportamiento del Escribano —totalmente vigentes— implican una *valoración de conducta*<sup>74</sup>.

En nuestra opinión, la prestación de la función notarial entraña una *obligación de resultado atenuada* que, en las palabras de LARRAUD, lleva implícito el compromiso de autorizar un instrumento inobjetable desde el punto de vista formal<sup>75</sup>. En otras palabras, las obligaciones de resultado del notario tienen que ver con el

cumplimiento de las *formas requeridas* legal y reglamentariamente (art. 1574 del Código Civil uruguayo), siendo asimismo abarcativos de los aspectos atinentes a la competencia e imparcialidad del agente, a la reserva o secreto profesional, a los controles de carácter tributario con base documental, a la redacción de los instrumentos en que intervenga cuando sea propia y no proveniente de minuta o instrucciones ajenas, a la presentación de éstos en tiempo y forma a los Registros pertinentes cuando así correspondiera y hubiera sido convenido expresa o tácitamente con los interesados y a la conservación de los instrumentos matrices. En general, en las demás circunstancias (asesoramiento, conocimiento de los otorgantes, valoración de la capacidad de éstos, a estudios de antecedentes y títulos), habrá obligaciones de medio.

Con esto no pretendemos hacer una relación taxativa de las actividades u operaciones desplegadas por el notario en el ejercicio de su función (puede haber otras, dentro de las actuales o de futuras incumbencias) sino dejar en claro que es excesivo decir solamente que el Escribano tiene una obligación de resultado ya que sus variopintas tareas no pueden encasillarse todas en la misma categoría.

Reiteramos que cuando se genere una obligación de resultado para el notario, será siempre una *obligación de resultado atenuada*, pues por imperio legal, no se puede hacer abstracción de la valoración de su conducta. Interesa señalar que la jurisprudencia uruguayo, en varios casos, ha considerado el comportamiento del Escribano.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Art. 16 del Decreto-Ley N° 1.421: "Aprobado el examinado, se le dará posesión del oficio, después de haber prestado en el mismo acto y recibido por el Presidente del Tribunal, juramento de desempeñar bien y fielmente el cargo, de respetar y cumplir la Constitución y las leyes y jamás desmerecer de la confianza debida al carácter de esa profesión". El art. 75, fue transcripto en la nota al pie N° 32.

<sup>74</sup> Los escribanos —dice la LON— responden a las partes, de los daños que les hubiere resultado *del mal desempeño de sus funciones*. Esto tiene que ver con la valoración de su conducta." (LARRAUD, ob. cit., pág. 708) Ya PRUNELL en Responsabilidad civil del Escribano, ob. cit., se había referido a este tema: "...queremos expresar que el riesgo, como elemento necesario para la existencia de la responsabilidad notarial, debe ser desechado, puesto que además de la tendencia actual de la doctrina y de la jurisprudencia que restringen el riesgo como elemento constitutivo de la responsabilidad civil, existe la disposición especial del decreto-ley de 31 de diciembre de 1878 que consagra la culpa en un sentido amplio, como requisito indispensable, al establecer que: <Los escribanos responderán en todos los casos a las partes de los daños que les hubiesen resultado del mal desempeño de sus funciones...>" (pág. 104). El mismo autor expresa luego que "En el estudio de la responsabilidad civil del escribano, reafirmamos en definitiva que la culpa debe ser elemento indispensable para la admisión de aquélla. La culpa es el carácter esencial de numerosísimos casos de responsabilidad civil y el fundamento y principio del género de la responsabilidad culpable del escribano. La responsabilidad fundada sobre el riesgo, a nuestro entender, debe ser consagrada por un texto expreso de la ley que condene el resarcimiento de un perjuicio, aún en ausencia de culpa." (pág. 108). Puede alegarse que la opinión de estos preclaros doctrinos uruguayos (Prunell y LARRAUD) fue emitida hace ya muchos años y que pueden existir variantes posteriores en cuanto a la doctrina y la jurisprudencia, pero la actualidad de su pensamiento se mantiene, en tanto el art. 75 de la Ley Orgánica Notarial sigue plenamente vigente.

<sup>75</sup> LARRAUD, ob. cit., pág. 706 y 707.

<sup>76</sup> - "...dicho profesional incurrió en incorrecciones y omisiones en que no puede caer un escribano que actúa con la diligencia de un buen profesional, y que configuran un accionar culposo, y por haber generado un daño impone el deber consiguiente de repararlo ... esa conducta poco diligente del demandado, motivó que los actores perdieran el 50% de esa propiedad, más igual proporción de las cuotas pagadas." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XV, caso 703).

- "Para demandar la responsabilidad contractual del Escribano por las negligencias en que se incurrió al instrumentar el contrato de garantía, el accionante debe probar: a) el incumplimiento por parte del Escribano; b) la culpa del profesional, esto es, que existió un error de conducta reprobado por el orden jurídico; c) la existencia de un daño; y d) el nexo causal, y por su parte el profesional puede exculparse probando que actuó en la emergencia empleando la diligencia media, o que el incumplimiento se debió a caso fortuito, fuerza mayor, causa extraña, hecho de la víctima o de un tercero." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XVIII, caso 920).

Esta postura es, por otra parte, respetuosa de la importancia que la Ética tiene, en general, para el ordenamiento jurídico y en especial, para la profesión de Escribano, ya que, como señala CAFFERA, "no es el exitoso logro de resultados lo que nos da la medida del hombre, sino su empeño, su esfuerzo y su honesta entrega al logro de finalidades que no pocas veces le resultan esquivas. Es esa dimensión ética irrenunciable la que está en juego cuando se juzga a los hombres por los resultados obtenidos y en tal

medida se los cosifica, deshumanizándolos".<sup>77</sup> Además, en palabras de CAUMONT, "no hay que apurar la responsabilidad objetiva, sustituyendo lo que fue desde siempre aquello que el cuerpo social estaba acostumbrado, que sólo se responde cuando no se actuó bien, esto es, cuando no se hizo el esfuerzo necesario, convencionalmente aceptado, expresa o tácitamente por la comunidad".<sup>78</sup>

#### 4. Categorización del vínculo entre notario y requirentes

Habida cuenta de que hemos tipificado a la responsabilidad notarial civil como contractual, correspondería determinar la naturaleza de la relación que vincula al Escribano con los requirentes, en cuanto a si determina la celebración de un contrato y, en ese caso, de qué contrato se trata.

En cuanto a este tema, tampoco hay unanimidad en la doctrina: para algunos, hay mandato<sup>79</sup>, para otros, arrendamiento, sea de servi-

- "En la recurrida, se constata la existencia de responsabilidad notarial por el mal desempeño de la función de escribana. No puede dudarse de que en la especie ese mal desempeño existió en tanto se hizo por la profesional un mal uso de la función de fe pública de que está investida; hubo culpa en su accionar desde que actuó en forma negligente al certificar la existencia de situaciones jurídicas sin antes corroborarlas en la forma que la ley prevé." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 739).

- "Y en el examen de esa responsabilidad no cabe hacer distinciones entre la culpa común y la culpa profesional; el concepto de culpa es igual para todos y por consiguiente la culpa del escribano se aprecia como toda otra culpa: <... por los principios generales del derecho común o por la comparación de su conducta con la de un tipo abstracto que sería la de un escribano de tipo normal, un escribano de diligencia corriente, avisado, como lo expresan los hermanos Mazeaud en sus *Lecciones de Derecho Civil* (Cf. Prunell, *op. cit.*, p. 203>" (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 739).

"El error técnico del escribano que en lugar de instrumentar el negocio como cesión de derechos de promesa de compraventa inscrita lo documentó como promesa de compraventa insusceptible de inscripción, genera un daño patrimonial." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 741).

- "El Tribunal consigna que considera la culpa profesional como formando parte de la culpa común, sin distinguirla o entender necesaria la creación de tribunales especializados (L.J.U. c.c. 10989, 11792) y que aquel será responsable siempre que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría, solución común a todas las profesiones sin exclusión (L.J.U. c. 11238)" (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXI, caso 777).

- "Siendo su responsabilidad contractual en lo que respecta a las partes con carácter general, la culpa por lo general no se aparta de las disposiciones del art. 1344 del Código Civil." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, caso 705).

- "La comparación de la actuación profesional del demandado "con el modelo abstracto de un profesional medio, el que debe actuar con cuidado y diligencia de conformidad con las reglas de la respectiva profesión" según impone el art. 1344 CC (Szafir-Venturini, Res-

ponsabilidad de los profesionales, *Anuario... t. XIX*, p. 159) determinará (o no) la configuración de la responsabilidad... En realidad, la conducta toda del escribano involucrado lleva a la conclusión de que no actuó con equidistancia entre las partes ni se atendió en forma igualitaria los intereses de ambos contratantes incumpliendo deberes específicos de la profesión." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, caso 706).

- "... el escribano interviniente faltó a su deber profesional de asesoramiento, frustrando con su proceder la confianza en él depositada por el demandado (reconviniendo) y sentando la base de la imposibilidad de recuperar la suma prestada por ausencia de garantía ..." (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXIII, caso 594).

<sup>77</sup> CAFFERA, GERARDO: "Algunas perspectivas críticas de la categoría obligación de resultado", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 85, 1999, pág. 276.

<sup>78</sup> CAUMONT, ARTURO: Mesa redonda final sobre "Perspectivas de la responsabilidad médica hacia el siglo XXI", en *Derecho Médico*, I Simposio Iberoamericano, IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica, I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28 a 30 de setiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 366.

<sup>79</sup> MAZEAUD y, modernamente, RODRÍGUEZ GUTIÁN quien, con base en el Código Civil español, afirma que "el codificador del siglo XIX quiso regular la relación contractual entre profesional y cliente dentro de la normativa del contrato de mandato del Código civil, mientras que dentro del contrato de arrendamiento de servicios solamente quiso dejar el trabajo manual retri-

cios<sup>80</sup> o de obra<sup>81</sup>, específicamente arrendamiento de obra intelectual<sup>82</sup>, o bien contrato

buido” Esta autora señala que para que surja el deber del contratante que desiste de resarcir los daños causados a la otra parte contratante como consecuencia del desistimiento, han de darse dos requisitos: “Primero, que el contratante que desiste no tenga una causa justificada para dar por terminado el contrato de manera anticipada y segundo, que el que sufre el daño lo pruebe. Por consiguiente, la motivación del desistimiento sí resulta imprescindible para analizar si concurre o no el deber de resarcir los daños.” (RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma Ma.: “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, Anuario de Derecho Civil, T. LIV, fasc. 2, abril/junio de 2001, págs. 689 y 722).

<sup>80</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ (véase nota 50 del presente trabajo).

<sup>81</sup> PRUNELL (para la relación notario-cliente, pues para notario-cocontratante, sería, en su concepto, un contrato innominado, aunque regido también por las disposiciones del arrendamiento de obra; ya señalamos que, en nuestra opinión, con sustento en el deber de imparcialidad del Escribano, no corresponde hacer distinciones entre cliente y cocontratante, pues ambos son requirentes); TRIGO REPESAS (aunque no es claro si, en definitiva, no se vuelca al arrendamiento de obra intelectual, ya que manifiesta: “Finalmente, conforme a otra opinión de la que participamos, la responsabilidad del escribano frente a su cliente es siempre contractual, ya que si existe una relación de esa índole entre ambos, de su violación sólo puede derivarse una responsabilidad por incumplimiento de contrato. Estando fuera de discusión que entre el notario y su cliente se celebra un contrato, que para muchos es, en principio, de locación de obra, y más concretamente de locación de obra **intelectual**” (TRIGO REPESAS, FÉLIX A.: “Responsabilidad civil del Escribano Público”, Revista Notarial N° 937, setiembre-diciembre de 2000, pág. 750)—tampoco es claro si varió su posición anterior; de contrato multiforme (ver nota N° 67 del presente trabajo)—. También ORDOQUI, que opina que “la relación jurídica que se genera entre el escribano y el cliente configura un arrendamiento de obra no sólo porque el escribano no está en relación de subordinación sino que, además, actúa en función de una <obra>, trabajo determinado, actuando en un entorno especial de relación de confianza (intuitu personae) con miras a un resultado” (ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: Responsabilidad civil..., ob. cit., pág. 186).

<sup>82</sup> SPOTA, DE CUPIS. La Ley uruguaya N° 17.616, aprobada el 30 de diciembre de 2002 y promulgada el 10 de enero de 2003, que “protege los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión” establece en su artículo 3°: “Sustitúyese el artículo 5° de la Ley N° 9.739, de 17 de diciembre de 1937, por el siguiente: <ARTÍCULO 5°: ... A los efectos de esta ley, la producción intelectual, científica o artística, comprende: ... Consultas profesionales y escritos forenses... Documentos u obras científicas y técnicas... Y, en fin, toda producción del dominio de la inteligencia>”.

innominado<sup>83</sup> y aún contrato multiforme o variable.<sup>84</sup>

Aunque hemos admitido que la responsabilidad notarial civil frente a los requirentes es contractual, en tanto deviene de la existencia de un vínculo preexistente entre las partes que componen la relación, no por ello ese vínculo tiene que ser necesariamente contractual. Aquí sí reivindicamos la idea de que no puede haber contrato porque no hay libre emisión del consentimiento por una de las partes (el consentimiento es uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos),<sup>85</sup> el Escriba-

<sup>83</sup> ARMELLA y otros, citan dentro de esta posición a ALTERINI (ATILIO), AMEAL y LÓPEZ CABANA y expresan que “Con respecto a las partes del acto, una vez aceptado el requerimiento, la relación jurídica será contractual, no adhiriéndonos a ningún tipo de contrato nominado...” (ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ y otros, ob. cit., Revista Notarial N° 886, pág. 467).

<sup>84</sup> Así lo considera TRIGO REPESAS: “Finalmente, una importante corriente doctrinaria, a la que nos sumamos, interpreta que la prestación de servicios profesionales asume algunas veces el carácter de locación de servicios, otras las de locación de obra, o, en fin, la de mandato, según las circunstancias de cada caso, por lo que se ha dado en sostener que se trata de un contrato multiforme, variable o proteiforme...” (TRIGO REPESAS, FÉLIX A.: Responsabilidad civil de los profesionales, ob. cit. en nota 61, pág. 44). Como dejamos indicado en la nota N° 62, parece que luego hubiera cambiado su posición, por lo menos con respecto al Escribano, volcándose al contrato de arrendamiento de obra.

<sup>85</sup> El art. 1261 del Código Civil uruguayo—como ocurre en general en el Derecho comparado— establece que “Para la validez de los contratos son esenciales los cuatro requisitos siguientes: 1° - Consentimiento de partes...”. a su vez, el art. 1262 del mismo Cuerpo, determina que “No habrá consentimiento obligatorio sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra...” Si se considera que quien oferta es el requirente, no hay aceptación sino admisión por parte del Escribano, ya que éste no puede a su libre albedrío aceptar o rechazar el requerimiento (a menos que exista legítimo impedimento que fundamente su negativa a actuar). No compartimos la posición de PRUNELL, J. ANTONIO (“Responsabilidad civil del Escribano”, en Cursillo de Conferencias 1959, Responsabilidad del Escribano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, pág. 28) acerca de que “el escribano, al registrarse y anunciarse como tal,... está haciendo una oferta tácita al público... que una vez aceptada por el particular, no puede retirarse, salvo legítimo impedimento” porque nos resulta contraria a lo que el Código Civil uruguayo establece, ya que una *oferta*, según el Diccionario, es una *propuesta para contratar* y el art. 1262 define a la propuesta como “la manifestación que hace una de las partes de querer constituirse en alguna obligación para con la otra”, o sea que requiere siempre

no, que se ve obligado legalmente a trabar la relación, si no media legítimo impedimento para ello.

No obstante lo que acabamos de decir, reconocemos que esta postura carece de repercusiones prácticas, ya que, aunque no haya contrato y, en muchos aspectos, la relación quede predeterminada por la legislación notarial, algún régimen hay que aplicarle a la obligación de reparación emergente y éste tiene que ser, en Uruguay, el correspondiente al arrendamiento de obra, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1833 del Código Civil.<sup>86</sup>

## 5. La Ley de Relaciones de Consumo y la responsabilidad profesional

Finalmente, antes de pasar al tema de la seguridad y de los seguros, queremos recordar que la responsabilidad civil del Escribano, como la de los demás profesionales, en Uruguay ha sido alcanzada por la Ley N° 17.250 (Ley de Relaciones de Consumo), vigente desde el 26 de agosto de 2000.<sup>87</sup>

A partir de la indicada fecha, “la responsabilidad civil de los profesionales se rige por los parámetros de la responsabilidad general, pero enmarcados por la Ley de Relaciones de Consumo”.<sup>88</sup>

Esta ley ha dado un gran paso hacia la unificación de la responsabilidad civil, estable-

una manifestación volitiva o voluntaria de la parte, a la vez que se desprende del art. 1263 que dicha propuesta debe tener al menos forma verbal: “La propuesta verbal debe ser inmediatamente aceptada...”. En nuestra opinión —con todo respeto hacia quien fuera nuestro apreciado Profesor— no cabe una oferta tácita ni tampoco una oferta obligatoria.

<sup>86</sup> Art. 1833.- “Toda especie de servicio o trabajo *materiale* o *inmateriale*, *mecánico* o *liberal* puede ser objeto de este contrato.

Aunque la retribución del servicio o trabajo tenga el nombre de honorarios o derechos, el contrato será arrendamiento de obras y no mandato, si no colocare al que presta el servicio, respecto de tercero, como representante o mandatario de la persona a quien se hace el servicio.

En la disposición de este artículo están comprendidos los servicios profesionales de los abogados y aún de los procuradores, cuando funcionaren sin poder de las partes.”

<sup>87</sup> Ley 17.250, art. 35: “La responsabilidad de los profesionales liberales será objetiva o subjetiva según la naturaleza de la prestación asumida”.

<sup>88</sup> MOLLA, ROQUE: Los Profesionales y la Sociedad (Exposición en el Foro Nacional de Regulación del Ejercicio de las Profesiones, organizado por la Agrupación Universitaria del Uruguay <A.U.D.U.>, Montevideo, 4 de julio de 2003).

ciendo un único plazo de prescripción de cuatro años y un solo concepto de daño resarcible.<sup>89</sup> La normativa citada, refuerza nuestra posición de la inadmisibilidad de las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad, con otro argumento: la ley de la referencia es de orden público —así la califica su art. 1— (por lo tanto, indisponible para las partes) y al establecer cuáles son los daños susceptibles de reparación, obsta a que por acuerdo de partes se establezcan otros límites o la exoneración.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Ley 17.250: Art. 36.- “El proveedor no responde sino de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito e incluyen el daño patrimonial y el extrapatrimonial”.

Art. 38.- “La acción para reclamar la reparación de los daños personales prescribirá en un plazo de cuatro años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debería haber tenido conocimiento del daño, del vicio o defecto, y de la identidad del productor o fabricante. Tal derecho se extinguirá transcurrido un plazo de diez años a partir de la fecha en que el proveedor colocó el producto en el mercado o finalizó la prestación del servicio causante del daño”.

<sup>90</sup> ORDOQUI señala que “estas pautas de evaluación están impuestas por normas de orden público, por lo cual no es posible variar estos criterios por acuerdo de partes. Además, posibles cláusulas limitativas de responsabilidad en la relación de consumo, pueden considerarse como abusivas (art. 31)”. (ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: Derecho del Consumo, Ed. del Foro, Montevideo, 2000, pág. 263)

- SZAFIR opina en forma similar: “...consecuente con la solución de prohibir las cláusulas abusivas que exoneren o limiten la responsabilidad, el artículo impedirá que se excluyan de la reparación los daños directos e inmediatos. El carácter de orden público de toda la ley impide que lo que se consagra en la misma sea modificado por voluntad de las partes. El límite rige tanto para los contratos de adhesión como para los negociados”. (SZAFIR, DORA: Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.250. 2ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, mayo de 2002, pág. 354).

La misma opinión es sostenida por BERDAGUER: “La inclusión de dicha norma en la L.R.C., al par que empareja a los daños y perjuicios contractuales con los extracontractuales, impide que aún en los contratos que no sean de adhesión, el proveedor pueda estipular cláusulas exonerativas de responsabilidad (art. 30-31). Pues al ser una ley de orden público... la inclusión expresa en el texto de la L.R.C. (art. 36) de la delimitación del daño resarcible, torna legalmente imposible estipular una cláusula limitativa o exonerativa...” (BERDAGUER, JAIME: “La responsabilidad civil en la ley de relaciones de consumo”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXX, pág. 455). Estos tres autores coinciden, además, en la impropiedad del tratamiento que la Ley de Relaciones de Consumo da a los servicios profesionales (BERDAGUER: “La L.R.C. debió regular las prestaciones de

También se ha señalado que “no es posible en la relación de consumo exigir lucro ce-

servicios en una norma separada, pues éstos presentan diferencias con la comercialización de productos.” <ob. cit., pág. 453>; ORDOQUI: “En nuestra opinión, no se comparte el hecho de que se haya considerado que el profesional liberal participa de una relación de consumo, pues no parece acertado pensar que hay una relación de subordinación entre el profesional y el consumidor. En definitiva, no vemos la necesidad de tener que proteger al consumidor frente al profesional, como partiendo de la base de que el profesional agrede, abusa o se impone al consumidor, obteniendo de él beneficios injustificados” <Derecho del Consumo, ob. cit., pág. 262>; SZAFIR: “El profesional liberal como proveedor. El concepto por no ser jurídico resulta equívoco y puede tomarse en sentido amplio o restrictivo... Nuestra disposición establece un régimen general para el profesional liberal, sea o no universitario.” <ob. cit., pág. 342 y 343>. CAUMONT también critica la inclusión de los servicios profesionales en la citada ley, en términos referidos a la profesión médica, pero que consideramos extensibles sin violencia a otras profesiones, incluido el Notariado: “La Ley de Relación de Consumo no se ha podido abarcar a sí misma en cuanto tiende a que todos los demás realicen productos buenos, pero no llegó al nivel de valoración en cuanto a la responsabilidad para atravesar como buen producto legislativo... Un solo ejemplo. ¿Cuántos de nosotros en la relación médico-paciente —como parte del cuerpo social que somos, porque no nos abstraemos de él— pensamos realmente cuando estamos en el médico o el médico con nosotros que ahí se está forjando, constituyendo, desarrollando una relación de consumo? Ahí hay una desobediencia a los imperativos ónticos de los conceptos... No ha sido bueno considerar la relación médico-paciente en términos de consumo y eso va a generar problemas. Cuando se tenga que proceder a convocar la responsabilidad de los médicos, se va a quebrar el principio de igualdad y se va a predicar al médico sólo por una arista que es bastante angosta, cuando el participa del ejercicio de un ministerio que va mucho más allá —repito— del angosto margen que le otorga el intérprete al considerarlo en una relación de consumo.” (CAUMONT, ob. cit., pág. 364 y 365) Nos unimos a todos estos autores en sus críticas por el tratamiento dado por la ley de la referencia a los servicios profesionales, ya que especialmente en el caso del notario, no corresponde tenerlo por proveedor en la medida en que la función notarial se revela especialmente apta para la tuición efectiva del consumidor, por caracterizarse por el deber de consejo, el tratamiento personalizado de los requerientes —propio de la indelegabilidad de la función—, el restablecimiento del equilibrio entre las partes, el control de cláusulas abusivas en tanto el notario tiene la potestad legal de redactar y la vigilancia de la regularidad tributaria de las operaciones. Para ampliar estos conceptos, puede verse nuestro trabajo sobre “Los derechos del consumidor. Su protección por los operadores jurídicos, con especial referencia a la función notarial” presentado a II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado “Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro”, Montevideo, 16-18 de junio de 1994.

sante, pues no debemos olvidar que el eventualmente perjudicado es consumidor final.”<sup>91</sup>

Analizadas ya, aunque someramente, todas las cuestiones que entendíamos necesariamente previas al tratamiento del tema de fondo de la Jornada, que, en definitiva, son los seguros (de títulos y sobre mala *praxis*), pasamos a desarrollarlo.

## VII. SEGURIDAD PREVENTIVA O SEGURIDAD INDEMNIZATORIA. EL SEGURO DE TÍTULO

La seguridad es un derecho según unos o un valor según otros (o ambos, diríamos nosotros) protegido constitucionalmente<sup>92</sup>, abarcativo de distintas nociones: seguridad social, seguridad física, seguridad jurídica, etc..

Para este estudio, nos interesa la seguridad jurídica, que, en la expresión de LARENZ, integra la paz jurídica y puede definirse como la certidumbre de que se puede contar con reglas de derecho, con su igual aplicación, y en determinados supuestos creados o calificados por el Derecho —por ejemplo, el registro, un documento, una sentencia firme, un acto administrativo inimpugnable— con los derechos adquiridos y su protección por los tribunales.<sup>93</sup>

Nos interesan también sus dimensiones, que, según LEGUINA, citado por KEMELMAJER, se expresan como *conocimiento y certeza del derecho*, como *previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de un tercero* y como *confianza* de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general en cuanto garantes de la paz social.<sup>94</sup>

Centrándonos en la seguridad jurídica, trataremos de enfocar los aspectos que consideramos de mayor interés, con base en el siguiente esquema organizativo:

<sup>91</sup> ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: Derecho del Consumo, ob. cit., pág. 263.

<sup>92</sup> Art. 7 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.”

<sup>93</sup> LARENZ, KARL: Derecho justo: fundamentos de Ética jurídica (Traducción y presentación de Luis Diez-Picazzo), ed. Civitas, Madrid, 1ª. Edición, 1985, pág. 46.

<sup>94</sup> LEGUINA, JESÚS, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA: “La seguridad jurídica”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 31, N°s. 181 a 184, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 207.

- La función notarial latina y el seguro de título: sus respectivas relaciones con la seguridad jurídica.

- Concepto y evaluación del seguro de título.

- La vocación expansiva de las compañías aseguradoras y su incidencia en la función notarial latina. Alertas notariales.

### 1. La función notarial latina y el seguro de título: sus respectivas relaciones con la seguridad jurídica

Partimos de la premisa: Función notarial latina = seguridad jurídica preventiva. Seguro de título = seguridad jurídico-económica indemnizatoria.

La figura del notario aparece vinculada a esas tres dimensiones de que nos habla LEGUINA, a las que recién nos referimos, ya que conoce el Derecho y da certeza, asesora anticipadamente a sus requirentes acerca de las consecuencias jurídicas derivadas de sus propias acciones o de terceros y es una de las instituciones merecedoras de la confianza de los ciudadanos (calidad reconocida por el art. 16 de la Ley Orgánica Notarial Uruguaya<sup>95</sup>) y garante de la paz social.

En este punto, hemos de tener muy presentes las reflexiones de KEMELMAJER, acerca de que es un error entender la certeza y la seguridad en términos absolutos porque en la vida humana no hay ni puede haber nada absoluto y porque la vida humana es siempre bipolar (soledad-compañía, individualidad-sociabilidad, orden-aventura, seguridad-cambio), etc. De allí que el grado de seguridad jurídica en cualquier país y en toda época, es raramente una cuestión de sí o de no. Es más bien, y en el mundo real, una cuestión de más o de menos.<sup>96</sup>

Si partimos de esta afirmación de que el grado de seguridad jurídica es, en la realidad, una cuestión de más o de menos, ello nos lleva a preguntarnos ¿que es más: la seguridad preventiva o la seguridad indemnizatoria? o, en otros términos, ¿cuál puede ser más satisfactoria para los ciudadanos y garantizar mejor la paz social?

Es importante percibir que la seguridad, en tanto valor o derecho, se inscribe en el plano de correlación entre derechos y deberes, mientras que la prevención o reparación tienen que

ver con el ámbito de las garantías que avalan dicha situación correlativa.<sup>97</sup>

Podemos decir que, en general, el Derecho se cumple espontáneamente, o sea que las personas, normalmente, ajustan su comportamiento a la norma, cumpliendo sus deberes y reconociendo y haciendo efectivos los derechos de los demás, colaborando así en el logro de la seguridad que pretenden.<sup>98</sup> Al mismo tiempo, en ciertas situaciones, es necesario probar ciertamente la existencia de esos derechos, a la vez que se legisla más y la legislación es más compleja, por lo que, para ese cumplimiento espontáneo, muchas veces el individuo necesita asistencia. El notario es una de las figuras jurídicas que, a esos efectos, asiste a los ciudadanos, caracterizándose por su calidad de operador jurídico no controversial, comprometido con la seguridad jurídica preventiva.

¿Qué es prevenir y, en el caso de la función notarial, qué se previene con su ejercicio?

Prevención: *“Es la acción y efecto de prevenir” y también la “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa”*.<sup>99</sup> A su vez, prevenir es *“Preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin”, “Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño ar, estorbar o impedir una cosa” y también “Advertir, informar o avisar a uno de una cosa”*.<sup>100</sup>

Nos parece indiscutible que lo que el notario *precave, evita, estorba o impide* —según la terminología recién expuesta— es el *litigio* o, más ampliamente, el *conflicto* y la incertidumbre y costos personales, económicos y sociales que éste o aquél generan.

Litigio: *es el “conflicto de intereses caracterizado por la existencia de una pretensión jurídica resistida o insatisfecha”, o bien “proceso, juicio, plei-*

<sup>97</sup> SIRI GARCÍA, JULIA: La función notarial en la Economía de Mercado, trabajo presentado a la VIII Jornada Notarial Iberoamericana (Veracruz, 4 - 7 de febrero de 1998), pág. 9.

<sup>98</sup> “un ordenamiento que se mantuviera sólo por la coacción y no predominantemente por su obediencia voluntaria, por parte de la mayoría, apenas sería algo mejor que el estado de naturaleza de HOBBS.” (LARENZ, ob. cit., pág. 45)

<sup>99</sup> Esas son las acepciones que nos da el Diccionario que nos parecieron las aplicables a la cuestión en estudio.

<sup>100</sup> También en este caso, hemos tomado como fuente de los conceptos expresados al Diccionario, que trae, además, otras significaciones que entendemos no son de aplicación al tema analizado.

<sup>95</sup> Transcripto en nota al pie N° 60.

<sup>96</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, ob. cit., pág. 207.

to<sup>101</sup> o “pleito, altercación en juicio” y, figuradamente, “disputa, contienda”.<sup>102</sup> La última de las acepciones citada, es de mayor amplitud que la primera, puesto que no queda encerrada dentro de los límites del ámbito judicial y es la que más nos persuade como adecuada en la consideración del ejercicio de la función notarial como elemento preventivo, puesto que entendemos que dicha función no sólo previene la *litis*, sino que también puede ser factor disuasivo de desavenencia entre las partes aunque éstas no lleguen a plantearse la eventualidad de un pleito.

Conflicto: es la “situación basada en la divergencia percibida de intereses o en la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser logradas simultáneamente”.<sup>103</sup> Esta definición es amplia y comprensiva de todos los casos: desacuerdos que se anticipen o resuelvan por los propios involucrados —asistidos o no— o que se solucionen por un tercero —árbitro o juez—.<sup>104</sup>

La actuación notarial es, en lo que atañe a la prevención en los términos considerados, difícilmente igualable.

Como expresamos en un anterior trabajo<sup>105</sup>, es posible observar que existe una armo-

nía natural, un objetivo final de convivencia pacífica que se alcanza cuando se consigue un determinado equilibrio. En el tema que nos ocupa, el equilibrio se centra, básicamente, en la información y, más estrictamente, en el asesoramiento. Si este asesoramiento se dirige sólo a una de las partes involucradas, atendiendo a su situación y sin considerar la situación de la otra, es muy posible y es también probable que se acentúen las diferencias y la oposición y se desdibujen los intereses comunes, haciendo necesario que la otra parte cuente también con alguien que la asesore, de lo que resultará, en el mejor de los casos, una salida transaccional (muchas veces insatisfactoria) y, en su defecto, la configuración de un conflicto a dilucidarse en los estrados judiciales. Si, en cambio, ese asesoramiento tiene en cuenta *equitativamente* a ambas partes y se brinda de manera *imparcial*, se verá favorecida la confluencia de voluntades y se facilitará la convivencia pacífica, sobre todo si a ello se une el desempeño por el asesor de una labor conformadora de dichas voluntades y de profundo estudio de la legalidad y legitimación de las pretensiones. Esta última situación es la que se da cuando interviene el Escribano.

El ordenamiento jurídico prevé esta asistencia en la realización del Derecho en la normalidad y también “la posibilidad de pasar de la aplicación espontánea ... a la aplicación, si se revela como necesaria, impuesta...”<sup>106</sup>

Hasta aquí, podríamos hablar de una seguridad jurídica propiamente dicha o seguridad jurídica plena, distinta de la seguridad económica, subsidiaria de aquella, como acertadamente las diferencia VALLET DE GOYTISOLO, quien aclara que la seguridad jurídica plena atañe al derecho tal cual éste es, con todo su contenido, mientras que la seguridad económica o seguridad jurídica subsidiaria de carácter indemnizatorio, puede derivar de una garantía real, de una fianza o de un contrato de seguro, que no ofrece seguridad jurídica plena sino sólo la subsidiaria consistente en la seguridad económica de recibir una indemnización.<sup>107</sup>

En una disertación acerca de la responsabilidad médica y el derecho del consumidor, SZAFIR hizo unas reflexiones que consideramos

<sup>101</sup> Estas son las dos acepciones que se encuentran en COUTURE, EDUARDO J.: Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1976.

<sup>102</sup> Volvemos a valernos del Diccionario.

<sup>103</sup> HENÓN RISSO, JORGE: “La mediación. Ayudas metodológicas y reflexiones de la práctica”, “JUS” (Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho) 2ª. Época, año VI N° 12, octubre 1997, pág. 51.

Esta definición —tal como señala el autor citado— le quita dramaticidad a la palabra conflicto, pues hace hincapié en la diferencia de intereses. No obstante, no desatendamos las acepciones que brinda el Diccionario y a las que hicimos referencia precedentemente, puesto que alguna de ellas contempla la incidencia del costo anímico que todo conflicto entraña.

También puede recordarse la definición de PRUIT y RUBIN, citados por HOROWITZ, SARA: Conflicto y negociación; en: MNOOKIN, R. y otros: Mediación. Una respuesta interdisciplinaria, Eudeba, Buenos Aires, 1997, pág. 111: “Conflicto significa la *percepción* de divergencia de intereses, o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultánea o conjuntamente.”

<sup>104</sup> En el ordenamiento de las acepciones vistas, hemos seguido el planteamiento que efectuamos en nuestro trabajo La función notarial, función preventiva de litigios: El consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos, ob. cit., pág. 14 y 15.

<sup>105</sup> La función notarial en la Economía de Mercado, ob. cit., pág. 12 y 13.

<sup>106</sup> GELSI BIDART, ADOLFO: De derechos, deberes y garantías del Hombre común, 1ra. edición, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, pág. 176.

<sup>107</sup> VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: “La seguridad jurídica en los negocios dispositivos”, Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 64, año 1978, pág. 239.

extensivas a la situación de otros profesionales universitarios y, específicamente, al notario: "La ley [se está refiriendo a la Ley uruguaya N° 17.250, de Relaciones de Consumo] quiere evitar que se produzca el daño para evitar una tardía, disfuncional y no lógica indemnización. ¿De qué me sirve que me paguen la vida de un hijo? ¿De qué me sirve que me paguen la salud, si ya la perdí? Por lo tanto la idea es prevenir. ¿Cuál es la forma a la que apuesta la norma para lograr esa prevención? Es la información."<sup>108</sup> Podemos vincular estas reflexiones con lo que recién expresamos acerca de la trascendencia del asesoramiento notarial como factor preventivo de conflictos, a la vez que hacemos hincapié en que ese asesoramiento normalmente supera —y así debe ser— a la información requerida por la Ley de Relaciones de Consumo.

Esa *tardía* y *disfuncional* (y, en lo que se refiere a Estados Unidos de Norteamérica, además *incierto*) indemnización, es lo que brinda el llamado *seguro de títulos*, que, como todo seguro, es un mecanismo totalmente ajeno a la seguridad preventiva, ya que no precave que el daño se produzca sino que, producido, resarcé —relativamente— con una reparación pecuniaria.

Admitimos la necesidad del seguro de títulos para aquellas sociedades —como la norteamericana— en que los riesgos en la contratación —particularmente en la contratación inmobiliaria— indudablemente existen, ya que no otra cosa puede ocurrir en un sistema en el cual no hay instrumentos públicos con contenido de Derecho Privado sino documentos privados que pueden ser redactados por los propios interesados —quienes no están obligados a consultar a ningún profesional y, si lo hacen, cada parte consultará al suyo, pues no existe un profesional especialista en el tema al que se le exija imparcialidad y que pueda armonizar en formar equilibrada las pretensiones de los

interesados<sup>109</sup> — llenando los blancos de los respectivos formularios, cuya genuinidad será afirmada por el *notary public* —cuya intervención se limita a esa autenticación de alcance muy restringido— y en las cuales el iter negocial culmina, cuando así corresponde, en la inscripción en Registros que no ofrecen las garantías requeridas. Cumplido todo este proceso, nos encontramos con que la verdadera eficacia del negocio dependerá de pronunciamientos judiciales sobre los derechos y obligaciones contenidos en el caso, con lo que queda claro que no hay seguridad sino *incertidumbre* y *riesgos*.

En nuestro sistema (romano-germánico), la función notarial brinda seguridad jurídica preventiva mediante la actividad compleja que contiene —a la que ya hiciéramos referencia—, dentro de la cual hemos de destacar, en este punto, el estudio de títulos que hace el Escribano.<sup>110</sup>

Esté o no prevista en forma expresa por el ordenamiento jurídico, siempre se ha considerado mayoritariamente que el Escribano tiene la obligación de estudiar los títulos de pro-

<sup>108</sup> SZAFIR, DORA: "Ley de relaciones de consumo y servicios médicos", I Simposio Iberoamericano, IV Jornadas uruguayas de Responsabilidad Médica, I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28 a 30 de septiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 30. Podríamos parafrasear esas preguntas directas y revulsivas: hechas por la autora y preguntar, en cuanto al tema que nos ocupa: ¿de qué me sirve que me paguen por no tener ya la propiedad de la casa que quería, si lo que yo quería era esa casa y ya la perdí?

<sup>109</sup> Con respecto a la inexistencia de un profesional imparcial, puede señalarse, a mayor abundamiento, que tal inexistencia favorece el surgimiento de conflictos de intereses en los profesionales actuantes, en la medida en que se sientan tentados a aconsejar a ambas partes. Un ejemplo de lo que acabamos de expresar, lo constituye quien fuera magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Lois D. Brandeis, quien, interrogado en la encuesta senatorial llevada a cabo previamente a su designación para la Corte (1916), sobre por qué, cuando ejercía privadamente la abogacía, en un asunto relativo a dificultades financieras de una empresa sometido a su opinión, había protegido los intereses de los acreedores a la vez que representaba al industrial a quien había recomendado la quiebra, contestó: Yo diría que fui consejero de la situación (*Counsel for the situation*). Este ejemplo lo tomamos de MACKAY, quien a su vez lo incluye en la recensión que hizo del trabajo de Pedro A. Malavet titulado *Counsel for the Situation: The Latin Notary, a Historical and Comparative Model*, publicado en la revista *Hastings International and Comparative Law Review* de la Universidad de California, Edición Primavera 1996, vol. 19, N° 3 (MACKAY, Julien S.: "Les notaires latins et anglo-saxons, une étude historique et comparative", *Le Gnomon* N° 119, mayo-junio de 1999, pág. 16)

<sup>110</sup> "Estudiar un título significa examinar con sentido crítico el conjunto de documentos que acreditan la existencia de un derecho de alguien sobre una cosa, a los efectos de poner en claro cuál es su eficiencia para el tráfico, quién es el titular de ese derecho y cuál es su fundamento jurídico y alcance". (LARRAUD, RUFINO, ob. cit. pág. 193).

piedad en las operaciones en que interviene, cuando sea procedente por la índole del negocio. En el mundo del Notariado Latino, ese estudio comprende “el análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega”, mediante un “examen exhaustivo de todos los titulares anteriores y las circunstancias por las que obraron hasta hallar un título traslativo desde cuya fecha haya transcurrido el término prescriptivo” que determina la ley.<sup>111</sup>

Este estudio se complementa con la información registral pertinente y, conjuntamente con las demás facetas de la función notarial antes reseñadas, determinan que no exista o sea absolutamente mínimo el riesgo que, en cambio, sí debe enfrentar la sociedad norteamericana. Si no hay riesgo, no se necesita seguro e, inclusive, este contrato pierde una de sus características definitorias, que es la aleatoriedad.<sup>112</sup> Pero ¡cuidado!: debemos estar atentos a que no se introduzca ese riesgo mediante la expansión del documento privado a costa del instrumento público, que produciría en nuestras sociedades las mismas falencias existentes en Estados Unidos de Norteamérica y que allí se cubren con seguros.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> El entrecomillado comprende expresiones del art. 156 de la Ley argentina N° 9020, que nos parecieron claramente ilustrativas de la tarea desplegada por el notario en cuanto al estudio de títulos. La transcripción la tomamos de TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., Responsabilidad civil de los profesionales - STIRGLITZ, RUBÉN S., Caracteres jurídicos del contrato de seguro, 1ª. Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 132.

<sup>112</sup> STIRGLITZ, RUBÉN S., Caracteres jurídicos del contrato de seguro. Ed. Astrea, 1ra. reimp., Buenos Aires, 1987, manifiesta: “Candian define al contrato aleatorio como aquel en el cual la entidad del sacrificio en relación con la entidad de la venta, o sea, la entidad del riesgo al que todo contratante se expone, no puede ser estimado en el acto de la formación del contrato; aquella entidad se conocerá en seguridad según el curso de los acontecimientos; la prestación que cada parte intenta procurarse se abandona a la suerte, pues se contrata sobre la esperanza y sobre el riesgo, al decir de Giorgi, para quien todo depende del azar, de modo que una parte se arriesga a ganar muchísimo o a sufrir pérdidas considerables.” (pág. 270 y 271).

<sup>113</sup> VALLET DE GOYTISOLO nos ilustra al respecto, mediante el planteo —y contestación— de dos preguntas: “Primera: ¿Sufriría alguna pérdida la seguridad jurídica si se sustituyesen en el tráfico inmobiliario las escrituras públicas por documentos privados con sus firmas legitimadas que fueran inscritos en el Registro de la Propiedad? Segunda: La posible pérdida de seguridad jurídica originada por esa razón, ¿podría suplirse mediante un seguro que indemnizase de dicha pérdida?

## 2. Concepto y evaluación del seguro de título

El seguro de título es un contrato por el cual una de las partes (empresa aseguradora),

a) La primera pregunta, ha quedado ya contestada, resultando en resumen: 1°) Que con la sustitución indicada de un tipo de seguridad por el otro, la regularidad del negocio jurídico quedaría absolutamente sin asegurar en lo relativo a su elaboración; sin ninguna garantía de que las partes hubieran sido adecuadamente aconsejadas y advertidas e imparcialmente asesoradas, ni de que la redacción del documento tradujera jurídicamente bien y fielmente la voluntad empírica de su otorgamiento. 2°) Que la calificación jurídica del negocio jurídico, de la capacidad y la legitimación de las partes para el negocio concreto de que se trate, así como la calificación de éste y de su ajustamiento a derecho —regularidad del otorgamiento—, no quedarían cubiertas ni con una mínima seguridad si su forma se circunscribiera a un documento privado, aunque sus firmas estuvieren legitimadas; y, ese defecto, no lo podría subsanar la calificación del registrador de la propiedad, efectuada sobre los papeles, sin contacto directo con las partes otorgantes. 3°) Que la inscripción de esos documentos privados, aunque tengan legitimadas sus firmas, determinaría inevitable y paulatinamente el contenido del Registro de la Propiedad, no sólo en detrimento de la seguridad estática y de la negocial sino, a la larga, incluso de la propia institución, pues su credibilidad iría degradándose hasta resultar una pura ficción, cada vez menos conveniente y más inadecuada para producir del modo debido sus efectos institucionales a favor de la seguridad dinámica, que llegarían a ser desaforados. b) A la segunda pregunta referente a la suplencia por un seguro de títulos de la falta de seguridad así producida debemos responder negativamente, de un modo rotundo por lo que se refiere a la seguridad jurídica directa o propiamente dicha; puesto que, por definición, el contrato de seguro no asegura sino una indemnización normalmente pecuniaria en caso de producirse el daño. No evita que éste se produzca, sólo previene el resarcimiento de daños y perjuicios hasta el límite de la suma asegurada. ... Por lo demás, la seguridad económica de recibir, en su caso, una indemnización en dinero, no sólo no repararía el daño en su debida medida, sino que redundaría en un detrimento, que sería cada vez mayor, de la titulación constituyente del contenido de los registros inmobiliarios. De ese modo al incrementarse en lo sucesivo ese detrimento, por razón de inscribirse títulos defectuosos, serían cada vez más numerosos los fallos de la seguridad jurídica propiamente dicha, que el seguro tendría que remediar, por lo cual inevitablemente éste resultaría cada vez más caro, pues a medida que la seguridad jurídica fuera más incierta, el riesgo sería mayor, y por ende, las primas tendrían que ser más elevadas.” (VALLET DE GOYTISOLO: “La seguridad jurídica en los negocios dispositivo”, cit., pág. 256 a 258). El XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977, estimó que “el sistema estadounidense de transmisiones inmobiliarias por documento privado es insuficiente para lograr la debida seguridad jurídica”.

se obliga mediante el pago de una cierta prima, a indemnizar a la otra (el adquirente de un derecho real inmobiliario) en caso de resolverse en sede judicial, que su título presenta vicios susceptibles de determinar la pérdida del derecho o la restricción del ejercicio de las facultades a él inherentes.<sup>114</sup>

La doctrina del área de influencia del Derecho romano-germánico, particularmente la doctrina notarial y la doctrina registral, se ha pronunciado vigorosamente en contra del seguro de títulos. Los escasísimos pronunciamientos de profesionales de origen latino favorables a tal seguro, provienen —casualmente— de personas que han estado estrechamente vinculadas a la sociedad norteamericana —en algún caso, también a la industria del seguro— y han residido en E.E.U.U. por mucho tiempo.<sup>115</sup>

A continuación, trataremos de resumir los argumentos expuestos a favor y en contra del seguro de título.

#### Argumentos a favor:

1) Simplicidad: no hay que atender a la regularidad de las transmisiones o de sus inscripciones ni se requiere intervención profesional, puesto que todo se reduce a convertir la expectativa de riesgo en una suma de dinero.<sup>116</sup>

2) Las compañías de seguros de títulos, además de cubrir los riesgos de sus clientes, han creado registros privados modelo, a la par de los Registros Públicos oficiales ineficientes.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> LOUREIRO RUSSO, NORMA y RANZETTI DOMÍNGUEZ, ANA MARÍA: "Garantía de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001, pág. 6.

<sup>115</sup> Es el caso de OSCAR A. SALAS y de JOSÉ MANUEL PALLI, como se verá más adelante.

<sup>116</sup> "La única ventaja que cabe observar en el seguro de títulos es su simplificación. ... Todo contrato de seguro es simple en su funcionamiento, pues convierte una expectativa en valor dinerario." (VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO: "El denominado seguro de títulos. Ventajas e inconvenientes de su adopción en el Derecho español", en Revista de Derecho Notarial (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España) año XXIII N° XCI, 1976, pág. 365).

<sup>117</sup> SALAS, OSCAR A: "Necesidad de un seguro oficial o privado para cubrir los riesgos inherentes a los sistemas de transmisión y registro inmobiliario de la América Latina" (Ponencia presentada al IX Encuentro Panamericano de Notarios, San José de Costa Rica, 18-22 de julio de 1976), pág. 3 y 4. El autor de esta ponencia, según sus propias palabras, "ha estado laborando por dos años y medio en una Compañía norteamericana

3) Sirve también para cubrir, en forma objetiva, los daños que se produzcan por negligencia de los profesionales intervinientes en las transacciones<sup>118</sup> y los costos de defensa del asegurado.<sup>119</sup>

4) Tiene una función preventiva, puesto que no sólo indemniza al asegurado sino que motiva la depuración de los defectos en los títulos.<sup>120</sup>

na cuyo único objeto es la emisión de pólizas de seguro de títulos sobre bienes inmuebles situada fuera de los Estados Unidos". Lo mismo afirma PALLI, quien además pretende asimilar este esfuerzo privado a la función notarial, en tanto privatización de una función pública: "La industria del <title insurance>...se abocó a la construcción y el mantenimiento de sus <title plants> ... Salvo en algunas regiones de los Estados Unidos en donde todavía se recurre directamente al registro para investigar la titulación de un inmueble, las compañías de <title insurance> realizan todo su trabajo de evaluación a través de sus <title plants> ... En los Estados Unidos, por un camino diferente, el del <title insurance>, se ha llegado a un resultado similar: la privatización de una función pública. Desde esta perspectiva resulta más fácil identificar las soluciones propuestas en nuestros dos mundos diversos para resolver un mismo problema: como maximizar la seguridad, eficiencia y celeridad del tráfico inmobiliario." (PALLI, José Manuel: "El title insurance", XXIII Congreso Internacional de Derecho Registral [CINDER, Punta del Este, 2001] pág. 3 y 4) Este autor, en la tapa de la citada ponencia, agrega a su nombre los siguientes datos: "World-Wide Title, Inc. Miami, Florida, EEUU".

<sup>118</sup> SALAS, ob. cit., pág. 6 y 7.

<sup>119</sup> "...las obligaciones de la compañía son las siguientes: (I) indemnizar al asegurado por la pérdida sufrida... (II) pagar las costas de defensa y defender al "asegurado" o beneficiario ante cualquier reclamación que cuestione la validez y prioridad de sus derechos sobre el inmueble... (III) eliminar o curar el defecto o gravamen que afecta al título en cuestión." (PALLI, ob. cit., pág. 5 y 6).

<sup>120</sup> "...sería erróneo pensar que el seguro de títulos proporciona hoy (al contrario que en sus orígenes) mera seguridad económica *ex post* pero no seguridad jurídica *ex ante*, pues no se limita a indemnizar al asegurado sino que motiva la depuración privada de los defectos en los títulos y la litigación consiguiente." (ARRUÑADA, BENITO: "El seguro de títulos de propiedad. Naturaleza y perspectivas de desarrollo en los Estados Unidos y en Europa" (Ponencia preparada para el XIII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral, Punta del Este, marzo de 2001. Versión preliminar sólo para discusión), (sección 1.2 Evitación de riesgos e integración vertical) Este autor afirma también que "el seguro de títulos ofrece en Europa un servicio muy distinto del americano. Mientras que el americano proporciona sobre todo seguridad jurídica preventiva a priori, pues la búsqueda y el dictamen de los títulos promueven su depuración, el seguro europeo se conforma con suministrar seguridad jurídica económica a posteriori." (Ob. cit. sección 5.4.1)

5) Favorece la comercialización de los inmuebles al facilitar su aceptación por el mercado inmobiliario.<sup>121</sup>

### Argumentos en contra:

1) Brinda una indemnización, que se concreta en una suma de dinero, pero no brinda seguridad jurídica en el sentido de certidumbre de los derechos adquiridos.<sup>122</sup>

2) La compensación es insuficiente, pues en general se concreta en una suma igual al precio abonado o menor, sin tomar en cuenta la eventual valorización del inmueble por mejoras introducidas por el adquirente o en épocas de inflación.<sup>123</sup>

3) No contempla la seguridad emocional o afectiva o sea los motivos sentimentales que pudieron dar mérito a la adquisición.<sup>124</sup>

4) La cobertura es parcial, ya que muchos riesgos quedan excluidos.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> "El <title insurance> no garantiza que el título amparado por la póliza sea perfecto, ni siquiera bueno; lo llama <marketable>, queriendo decir con esto que no tiene ningún defecto que justificaría su rechazo por parte de un comprador razonable (<reasonable buyer>, y lo garantiza como tal. Aquí vemos con mayor claridad la función del <title insurance> como mecanismo de distribución de riesgos: a pesar de su vocación por la eliminación de los riesgos a través de una investigación exhaustiva de la titulación, selecciona ciertos riesgos que no atentan contra la <comercialidad> de un inmueble y los incluye bajo su cobertura, permitiendo por esa vía que el inmueble en cuestión sea aceptado por el mercado inmobiliario." (PALLI, ob. cit., [pág. 152])

<sup>122</sup> "El sistema de transmisión de dominio operado en los países sajones a través de un documento privado acompañado de un seguro de título, estimamos resulta insuficiente e impráctico, en primer término porque podrá conferir una relativa seguridad económica en cuanto a obtener un reembolso de la inversión, indemnización que será fijada conforme a los riesgos asegurados, difícilmente comprenderá su totalidad, además de que en épocas inflacionarias los bienes se revalúan constantemente y el valor contratado quedará muy abajo del precio real; además la Institución Aseguradora deberá cobrar los honorarios y gastos devengados por su actuación, los cuales serán sufragados por el adquirente; pero nunca podrá conferir una seguridad emocional o afectiva sobre: "la casa que sirvió de habitación a mis padres" o "la tierra que me dio de comer", etc.; y todavía el seguro de título lejos de agilizar el tráfico inmobiliario, estimo lo retarda porque en el momento que se pretenda celebrar la operación es lógico pensar que la compañía aseguradora deberá realizar una investigación previa de los títulos, ya que no asegurará bienes con riesgos inminentes, obligando a los otorgantes a celebrar una promesa para el contrato definitivo." (BAILÓN GONZÁLEZ, MANUEL: "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título". XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1977, pág. 198. También se ha dicho, en el mismo sentido, que "...el seguro de título, como el afianzamiento de la transmisión, no ofrece *seguridad jurídica plena*, sino sólo la *subsidiaria* consistente en la *seguridad económica* de recibir una *indemnización*." (ROMERO VIEITEZ, MANUEL A., FONT BOIX, VICENTE, OTERO PEÓN, MANUEL y VALLET

DE GOYTISOLO, JUAN: "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título". XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, pág. 9 y 10.

<sup>123</sup> BAILÓN, loc. cit.. Otros autores también han señalado la insuficiencia del seguro en estudio: "La indemnización queda limitada a la suma de dinero que indica la póliza, que puede resultar insuficiente para cubrir el valor de mercado del inmueble, en la medida en que haya aumentado su valor a posteriori de la emisión de la póliza." (LOUREIRO-RANZETTI, ob. cit., pág. 6 y 7)

<sup>124</sup> BAILÓN, loc. cit.. Sobre estos aspectos afectivos, tan caros a los latinos, se ha pronunciado muy ilustrativamente ALFONSO ZERMENO INFANTE, en el seno de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en Montevideo, en noviembre de 2002: "lo que requiere el norteamericano es seguridad económica, pero si algo tenemos los latinos es el sentido de pertenencia de la cosa. Yo quiero esa casa porque allí yo ya tengo a mis hijos para estudiar en este entorno social. No me interesa que me devuelvan el dinero. Por el contrario, el americano cada diez años quiere tirar la casa y los muebles y rehacer todo, mientras que nosotros tenemos muebles de la bisabuela. El sentido de pertenencia es muy diferente". En el mismo sentido, BRASCHI: "Si se trata de la propiedad de un inmueble, sobre todo en el caso de la vivienda familiar, el adquirente pretende conservar el bien que ha convertido en su hogar, y no obtener el dinero que le permita comprar otra casa. Una cosa es la casa, otra cosa es el hogar. En el mejor de los casos la indemnización será de igual valor al económico, pero nunca alcanzará a compensar el valor espiritual." (BRASCHI, AGUSTÍN: Seguro de títulos —Disertación efectuada en la reunión de la Comisión de Asuntos Americanos recién citada—.

<sup>125</sup> "Exclusión para múltiples riesgos, especialmente resultante de "ley, ordenanza o regulación gubernamentales anteriores"" (CAMPILLO S., ANTONIO G.: "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título". XIV Congreso Internacional del Notariado Latino -Guatemala, 1977- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1977, pág. 162)

5) No subsana ni convalida vicios o defectos de los derechos asegurados<sup>126</sup> por más que se diga que las compañías aseguradoras han saneado parte de la documentación, pues esto no es consustancial al seguro ni se logra mediante éste y, por otra parte, los mecanismos utilizados por las compañías aseguradoras cuando se preocupan del tema, son los mismos que desde siempre se han utilizado en el área del Derecho romano germánico: estudio de la titulación y registros eficaces.

6) La indemnización se cobrará si así lo dispone el juez interviniente y recién en ese momento, por lo cual se incentiva la litigiosidad.<sup>127</sup>

7) Sólo confiere un derecho de crédito (a la indemnización), pero no confiere derechos sobre las cosas aseguradas.<sup>128</sup>

8) El asegurado queda o puede quedar a merced de la empresa aseguradora, por tratarse de un contrato de adhesión.<sup>129</sup>

9) Puede provocar una contienda de competencia entre los llamados a intervenir en la calificación del título.<sup>130</sup>

10) Se corre el peligro de generar desconfianza y descreimiento social en el ordenamiento jurídico, cuyas instituciones y operadores ya no garantizarán la eficacia de los derechos y, en cambio, cuando dichos derechos, por defectos de las nuevas medidas adoptadas, queden afectados o se pierdan, sólo quedará el monto de una indemnización.<sup>131</sup>

11) Sus costos económicos y sociales.<sup>132</sup>

12) Su falaz presentación como *seguro de título*, que genera confusión en el público, que cree que se le asegura la adquisición del bien, cuando en realidad no se le asegura más que el pago de una indemnización en dinero, si es

<sup>126</sup> "No subsana los vicios o defectos que adolezcan los derechos reales asegurados, ni tiene efecto convalidante." (LOUREIRO-RANZETTI, ob. cit., pág. 6)

<sup>127</sup> "La posibilidad de indemnización no suprime la litigiosidad, lo que altera la consideración de menores costos, y contradice la finalidad perseguida en todas las modernas legislaciones de evitar el conflicto" (CASABÉ, ELEONORA, DODDA, ZULMA A. y ORELLE, JOSÉ MARÍA: "Ponencia. Seguro de título", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001). En el mismo sentido y en trabajo presentado al Congreso citado, "Documento auténtico registrado o seguro de título", se pronuncia FERNÁNDEZ ROUYET, ROMELIO D.: "Desde esta perspectiva económica, no puede dejarse de ponderar que la inseguridad que genera el sistema norteamericano aumenta significativamente la litigiosidad y consecuentemente los costos de la administración de justicia que deben ser afrontados por toda la sociedad."

<sup>128</sup> "Os seguros —seja de que espécie forem— correspondem a contratos de natureza meramente mercantil e obrigacional que apenas podem conferir ao lesado um simple direito de crédito e nunca qualquer sequela o poder directo e immediato sobre as coisas que se pretendem assegurar." (MOUTEIRA GUERREIRO, JOSÉ AUGUSTO M.: "As garantías dos direitos reais mediante o sistema de registro e o sistema de seguro", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001). En otro trabajo presentado al mismo Congreso, incluso se sostiene que el seguro de título no otorga seguridad jurídica y tampoco patrimonial: "No encontramos aconsejable el Seguro de Títulos del Derecho Angloamericano o Anglosajón pues, no otorga verdadera seguridad jurídica al título y tampoco seguridad patrimonial por los distintos motivos, como ser: altos costos, excepciones enormes en las pólizas, necesidad de mensuras permanentemente y la necesidad del fallo judicial previo sobre la bondad del título." (SURACE, SUSANA MABEL y BALLINA BENTES, EMILIO E.: "Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y de seguro").

<sup>129</sup> "Se trata de un contrato de adhesión, quedando el titular del derecho real a merced de la empresa aseguradora" (LOUREIRO-RANZETTI, ob. cit., pág. 6 y 7).

<sup>130</sup> "Puede originarse un conflicto de calificaciones del derecho real entre el notario, el registrador y la empresa aseguradora." (LOUREIRO-RANZETTI, ob. cit., pág. 6 y 7).

<sup>131</sup> "El amparo apunta a "mantenerlo en su derecho" (naturalmente hablamos del tercero de buena fe y a título oneroso) lo cual en definitiva es un efecto de seguridad absoluta, ya que en el mundo de "seguro", la solución que se ofrece al tercero que adquirió un "derecho que es cuestionado", siempre en función del "contrato y monto del seguro convenido" puede tomar dos caminos: o le resarce del "negocio" que se le frustra, pero no logra mantenerle en el derecho, o le garantiza el "derecho" mediante el "saneamiento" por pago o "compra" de las acciones al afectado. Los costos en ambos casos son siempre elevados en relación al negocio mismo que sirvió de fuente al cambio de titular." (RUIZ DE ERENCHUN, ALBERTO F.: "Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y de seguro", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001)

<sup>132</sup> VÁZQUEZ BOTE, además del costo en sí del seguro, destaca que hay que considerar el "costo social que puede significar una serie de pleitos que se provocan por la discordancia entre realidad y registro ni, al mismo tiempo, la devaluación del dinero que pueda sufrirse, desde la fecha en que se abona el seguro al momento en que, agotadas las instancias judiciales, surge para la entidad aseguradora la obligación efectiva de pago, etc." (ob. cit., pág. 359). En la reunión de la C.A.A. ya referida, Isidoro LORA TAMAYO dejó constancia de que "el seguro de título supone un encarecimiento enorme de la actividad notarial".

despojado de la cosa y se dan las demás circunstancias previstas en la póliza.<sup>133</sup>

A primera vista, se aprecia que, según la doctrina que hemos podido consultar, desde el enfoque del Notariado Latino son más y de mucho peso, los argumentos en contra del seguro de título que los argumentos a favor. El pronunciamiento más reciente a nivel de Congreso Internacional, fue el emitido por el organizado por el Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) en su reunión en Punta del Este, en 2001, al declarar que “un sistema jurídico bien estructurado y gestionado, hace innecesario adoptar la reparación como criterio rector”.<sup>134</sup> Ya antes, el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), había consignado que “no se debe reemplazar la garantía jurídica del instrumento público notarial por la garantía subsidiaria de un seguro de título”. En lo personal, es profundo nuestro convencimiento de que es así, tal como lo han declarado los Congresos de la referencia, pero eso no basta para eliminar nuestras preocupaciones en torno al tema.

### 3. La vocación expansiva de las compañías aseguradoras y su incidencia en la función notarial latina. Alertas notariales

Si vamos más allá de un análisis académico del tema y nos centramos ahora en un es-

<sup>133</sup> “...lo frecuente es que el público americano, como ha dicho Ballach, crea que asegura totalmente su adquisición, al concertar un seguro de título. Así —explica— que el adquirente de una parcela, en la que piensa edificar su vivienda cuando contrata el seguro de título, piensa que ha realizado una adquisición inatacable, siendo así que en realidad la póliza no le dice ni le asegura, sino que, en caso de darse determinadas circunstancias la compañía le abonará una cantidad.” (VIEITEZ-FONT BOIX-OTERO-VALLEY DE GOYTISOLO: “Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica...”, ob. cit., pág. 63)

<sup>134</sup> “La seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, pero la igualdad en sentido contrario, por lo que la seguridad económica incorpora la jurídica, es imposible por definición, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien.... El mecanismo del seguro de títulos surge allí donde se produce un déficit de seguridad jurídica, ya sea por una quiebra en las garantías o por el deficiente funcionamiento del registro....

#### DECLARA

Que un sistema jurídico bien estructurado y gestionado, hace innecesario adoptar la reparación como criterio rector.

tudio que tome en cuenta su incidencia en las incumbencias notariales y en su mantenimiento, no podemos dejar de preocuparnos, ya que en E.E.U.U. y en Canadá las empresas aseguradoras han ido desplazando a los profesionales —abogados, en el régimen del *common law*, o notarios, en el sistema romano-germánico— o bien los han subordinado bajo su dirección, o en el mejor de los casos, han provocado que superpusieran a sus tareas naturales y propias de la profesión, actividades empresariales al transformarse ellos mismos en aseguradores.<sup>135</sup>

<sup>135</sup> ARRUÑADA, ob. cit.: “Aunque en puridad las aseguradoras no se encargan de dictaminar sobre la validez del título (*title opinion*) de hecho han venido a hacer innecesario el dictamen jurídico en las operaciones ordinarias. El motivo es que, pese a que tal vez proporcionen pero información jurídica (se alega, sobre todo, respecto a las excepciones de la cobertura de la póliza), ésta no es de mucho valor en transacciones sencillas y, además, ofrecen mejor protección económica de los riesgos asegurados” (sección 1.1). “Cuando apareció, cubría aquellos riesgos que, con los medios entonces disponibles no eran detectables por un examen diligente del título. Hoy, el seguro sigue cubriendo esos riesgos, pero en el ínterin, las aseguradoras han asumido una mayor parte del proceso de prevención que entonces desempeñaban los conveyancers y abogados” (sección 1.3). “Con cada nueva venta ha de comprarse un nuevo seguro, que va dirigido sobre todo contra los actos del último propietario. El precio (*reissue rate*) de este nuevo seguro suele beneficiarse de un descuento cuando el asegurador también se encarga de examinar el título, cerrar la operación y comercializar la póliza” (sección 1.5). “Las compañías de títulos ... o aseguradoras propiamente dichas, ... se encargan a menudo de cerrar la transacción y son entonces responsables de registrar los documentos, así como de redactarlos o, al menos, reunir la información necesaria para redactarlos, mantener la cuenta desde la que se liquidará a todos los contratantes ... ejecutar la liquidación de todos ellos, liberar las hipotecas de los acreedores antiguos al serles pagada la deuda y registrar las nuevas hipotecas” (sección 2.4). En Canadá “poco a poco las aseguradoras fueron consiguiendo que el seguro de título sustituyese al dictamen del abogado en las transacciones residenciales corrientes. En 1999, la mayoría de los bancos aceptaba el seguro en lugar de la opinión del abogado para transacciones rutinarias. Además, algunos bancos ofrecían seguro de títulos como parte de su oferta de servicios de refinanciación, evitando la intervención de abogados” (sección 5.2.2).

SALAS, ob. cit.: “Las Compañías de títulos han dado mayor participación a los abogados en las transacciones inmobiliarias. Además de contar con un nutrido Departamento legal, todos los ejecutivos y casi todos los accionistas son abogados. Si antes hubo la creencia de parte de muchos abogados que las compañías aseguradoras de títulos usurpaban algunas funciones típicas de aquellos, esto se ha reducido mucho al formar

Aún más: algún estudio prospectivo anuncia, con relación a Europa —no olvidemos que muchos de los Notariados latinos más importantes pertenecen a dicho continente— una integración de las funciones de notarios y aseguradoras, de la que resultaría que aquéllos complementarían su responsabilidad y éstas entrarían en la preparación de documentos<sup>136</sup>, lo cual, en cierta forma, ya había sido anticipado por el precitado XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, que formuló la advertencia de que el seguro de títulos “colocaría la seguridad jurídica en manos de las compañías mercantiles y fuera de la organización jurídica propiamente dicha”.

Uno y otro análisis —el argumentativo contrario al seguro y el relativo a su incidencia en la actividad notarial— nos empujan, *prima facie*, en tanto integramos el Notariado latino, a una defensa acérrima de los postulados de éste y al rechazo absoluto a la admisión del seguro de títulos por innecesario, por sus nefastas con-

---

los Colegios de Abogados sus propias compañías (Lawyers' Title Guarantee Funds)” (pág. 4).

LORTIE, LOUISE, Intervención en la sesión de la C.A.A. reunida en Montevideo, en 2001: “En Ontario es muy diferente. Lo que hacen es que nada más el notario en este caso tendría que recibir la firma. Cuesta 50 dólares recibir la firma, más el seguro 200, entonces son 250... Para entrar ponen los costos muy bajos diciendo que no necesita la intervención del notario...”

<sup>136</sup> “En Europa ... de entrada el seguro funcionará dentro de una lógica de mercado —y, por lo tanto, judicial— y no de una lógica organizativa .... En la medida en que esa fórmula se revele ineficiente (probable, a juzgar por la tendencia organizativa americana), sería de esperar que por una u otra vía, se asistiese a movimientos integradores, de modo que las aseguradoras integrasen notarios o, viceversa, éstos acaben asegurando fallos en los que no exista negligencia ... existe una presión creciente para liberalizar la intervención notarial, al menos en las transacciones estandarizadas (piénsese en algunas transacciones electrónicas, por ejemplo). La experiencia de Estados Unidos y Canadá también apunta en esa dirección. No parece que el monopolio en la intervención pueda sostenerse a largo plazo para estas transacciones estándar. Una falta de reacción notarial en cuanto a la ampliación de su cobertura en un entorno de litigación creciente reforzaría las exigencias liberalizadoras. En todo caso, de materializarse esa liberalización, es previsible que fuera acompañada por una mayor integración, en ambas direcciones: los notarios complementarían su responsabilidad y las aseguradoras entrarían en la preparación de documentos.” (ARRUÑADA, ob. cit., sección 5.4.4)

secuencias sociales y profesionales y por incompatibilidad de principios.<sup>137</sup>

Sin embargo, no podemos cerrar los ojos ante la vocación expansiva de las compañías aseguradoras de títulos (cuya Asociación —la *American Land Title Association* o ALTA— proclama que *America is home to the most efficient land transfer system in the world*) ya concretada

---

<sup>137</sup> SIRI GARCÍA, JULIA, Intervención en la reunión de la C.A.A. celebrada en Montevideo, en 2001: “si bien podría decirse que no hay una incompatibilidad económica y diría que hasta jurídica en agregar a la actuación notarial el seguro de título -separo la mala praxis que es una cosa totalmente diferente- para mí hay una incompatibilidad de principios con lo que es la función notarial latina. Creo que nosotros tenemos que luchar por defender esos principios, porque el seguro existe cuando hay un riesgo, y en los países del notariado latino ese riesgo no existe. No lo creemos, porque desde el momento que hay un seguro uno puede pensar en que decaigan las formas y la prolijidad con que el escribano actúa y todo lo demás. Pienso que sería muy pernicioso y que de ninguna manera contribuiría como garantía de la seguridad jurídica que presta el notario agregar el seguro de título. Además, este seguro de título encarecería el ejercicio de la función notarial y una de las cosas que tenemos que demostrar es que brindamos el mejor servicio al menor costo posible, y que donde está el notario latino no necesitamos ese seguro. Sí tiene que estar en el notariado de tipo anglosajón, primero porque no hay un profesional del derecho que actúa, porque el *notary public* no podemos tomarlo como tal sino que es un mero autenticador y además da una autenticidad muy limitada. Segundo, porque ellos no tienen obligación de recurrir a ningún otro profesional del derecho; recurrir, si quieren, a un *lawyer* o lo que quieran, pero no existe esa obligación. Tercero, porque tienen un sistema registral muy deficiente; no hay tampoco quien estudie los títulos y haga un control de legitimación, etcétera. Entonces, ellos sí tienen el riesgo, y además tienen el tremendo riesgo de que en definitiva, más allá de todo lo que hayan podido pactar contractualmente, quien tiene la última palabra es el juez. Y aún existiendo el seguro de título, que ellos practican porque lo necesitan, porque tienen el riesgo —reitero, el notariado latino no lo tiene— aún en ese caso, ¿a dónde va la póliza? Al juez. El juez va a decir si el riesgo se concretó y si ahí corresponde que se pague o que no se pague. O sea que aún en este caso, esa garantía de tipo indemnizatorio tampoco funciona rápidamente. Cualquiera que haya visto el texto de esas pólizas sabrá -las empresas de seguro son empresas comerciales- que los riesgos que pueden ser habituales quedan descartados. Si se da alguno de los que asume la póliza, a la persona que se pretende perjudicada le dan plazos brevísimos para presentarse, y si no lo hace, pierde. Es decir que son una cantidad de factores que nosotros tenemos que analizar. Como notariado latino tenemos que mantenernos muy firmes en contra del seguro de título, por-

en algunos países de la U.I.N.L.<sup>138</sup> ni desoir las voces que desde el propio Notariado latino y de su dirigencia, nos advierten de la fuerza y poderío de la invasión y de la necesidad de negociar el tema, admitiendo una forma de seguro de título *a medida*, que se adapte a nuestro ejercicio profesional y que tome en cuenta, a fin de disminuir costos, la casi total inexistencia de riesgo en la materia.<sup>139</sup>

---

que la seguridad en materia de titulación la damos nosotros. No hay juicios reivindicatorios porque actuamos los notarios latinos. Eso es algo invaluable que tenemos que mantener. No traigamos prácticas foráneas que van a desvirtuar totalmente nuestra posición y nos van a ir sajonzando cada vez más y vamos a ir perdiendo nuestra identidad. Además, la idiosincrasia de nuestros países -yo conozco la realidad uruguaya pero de alguna manera podemos llegar a extenderla un poco a la realidad latinoamericana- es que la gente quiere esa casa, ese local, esa propiedad; no quiere que le indemnicen porque esa propiedad finalmente no resultó suya. O sea, creo que hay aquí un problema de principios que de ninguna manera debemos permitir que sean conculcados."

<sup>138</sup> España, Francia (con relación a estos dos países, ver ARRUNADA, ob. cit., secciones 5.3 y 5.2.7, respectivamente), México, Canadá (Provincia de Quebec), Puerto Rico (respecto a estos países, ver en Actas de la Comisión de Asuntos Americanos reunida en Montevideo en 2001, las intervenciones del Presidente de la U.I.N.L. notario FRANCISCO ARIAS y de los notarios LOUISE LORTIE, ÁNGEL MARRERO y DENIS MARTÍNEZ).

<sup>139</sup> En Actas de la Reunión de la Comisión de Asuntos Americanos, Montevideo, 2001: - BRASCHI (disertación cit.): "Damos por descontado que este tipo de seguros no representa una garantía de indemnidad, no logra satisfacer la pérdida moral que significa el despojo, difícilmente cubra la totalidad del daño y su costo pueda ser limitado en función del escaso riesgo que cubren los sistemas de notariado latino. Pero más allá de esto, si por el conocimiento que de ellos tuvieren los sujetos negociales que proceden de países que utilizan el sistema, y por la confianza que a ellos les merecen debieran ser utilizados, tengamos en claro que no resultan incompatibles ni perjudiciales en la medida en que no se pretenda adoptarlos como sustitutos del sistema vigente. Hoy gozamos de seguridad jurídica como consecuencia de haber perseverado a través del tiempo en la formalización de documentos auténticos, ajustados a derecho y con certeza de concatenación de titulares. A ello se ha sumado un sistema de publicidad registral que asegura aún más la concreción pacífica de la titularidad de los derechos. Por ello podemos sumar a este resultado una garantía más: la económica, en casos de vicios o fugas. Las condiciones básicas para hacerlo son: a) el mantenimiento del sistema de título móvil-publicidad para el ejercicio pacífico de los derechos reales; b) la adecuación de la prima al verdadero y escaso riesgo que cubriría el seguro." - ARMELLA, CRIS-

La cuestión ha dejado de ser científica o académica, para transformarse en sociopolítica y, desde ese punto de vista, tendrá que ser encarada, en procura de una solución satisfactoria para todos (si la hay). Antes de enfrentar este arduo tema de la búsqueda de soluciones, estimamos procedente encarar el seguro de mala praxis, para descartar confusiones entre esta variedad de seguro y el seguro de título y para analizar si es conveniente o no atender los distintos riesgos con una misma cobertura. Este estudio previo, en nuestra opinión, puede ayudarnos a determinar algunas propuestas, para ser analizadas por los Notariados de los países con sistema latino.

---

TINA NOEMÍ, intervención: "... debemos abrir nuestras mentes para ver de qué manera pueden coincidir estas realidades, porque esto pasa también por una cuestión política o gremial. La Unión o sus organismos, ¿van a tener suficiente fuerza como para seguir sosteniendo los principios del notariado latino en contra de los centros económicos que imponen una práctica predeterminada o determinada para la obtención de un crédito hipotecario, que es lo que le interesa al consumidor? Si decimos que no tenemos fuerza suficiente como para ir contra este mecanismo económico tan perverso, entonces, si no puedes contra tu enemigo, convive con él y trata de llevarte bien... hay que diferenciar muy bien cuál es nuestro objetivo. Saber si el objetivo es ... aplastar a las aseguradoras y decir: nuestros títulos son fabulosos y no hay que asegurarlos. ¿Vamos a poder hacer eso con un resultado óptimo, o no lo podemos hacer, la realidad nos supera y entonces convivimos con esto y marcamos las pautas mínimas que debería tener un seguro de título que asegure un título del notariado latino, que no es lo mismo que el seguro de título que asegura un título proveniente de un sistema anglosajón?" - LORTIE, intervención: "no podemos ir en contra de la corriente. Entonces estamos tratando de ver que a través del notariado se da un producto que tiene las ventajas del seguro de título, pero también las que otorga el sistema del notariado latino." - PÉREZ MONTERO, HUGO (ex-Presidente de la U.I.N.L. y Presidente Honorario de la C.A.A.), intervención: "...están dominando todo el mercado mundial, todo... les transmito una conversación con Adrián Iturbide, ...que tiene una gran experiencia en negociación con estas compañías, porque ya están instaladas en México. Me dijo: <...esto tenemos que negociarlo. Nosotros tendremos la razón pero no hay otra solución... contra esto no se puede luchar. Tienen un poderío económico tal que no se puede luchar. Ya abrieron lo de la securitización de las carteras hipotecarias. Eso le interesa hoy a todos los acreedores del mundo, incluso a los latinos, de manera que ellos son los primeros que la van a imponer... el costo del seguro de título es cada vez mucho más bajo, y va a ser mucho más bajo en Latinoamérica, porque van a utilizar notarios latinos para estudiar los títulos.> Las compañías tienen que estudiar el título que le traen, porque es un riesgo, y van a utilizar notarios latinos.

## VIII. EL SEGURO DE MALA PRAXIS

Abordar este tema supone el análisis de diversas cuestiones concernientes, que trataremos de exponer siguiendo el siguiente orden:

- Concepto de praxis y de mala praxis.
- Mala praxis notarial.
- Principales riesgos profesionales a considerar.
- Interés de las aseguradoras: *¿dolus malus o dolus bonus?*

Eventual incidencia del seguro en el aumento de las reclamaciones, en las decisiones judiciales y en el incremento de la mala praxis.

### 1. Concepto de praxis y de mala praxis

Para el concepto de praxis, podemos recurrir a CABANELLAS: *Praxis*: Helenismo arcaico por *práctica*. *Práctica*: Ejercicio de un arte o facultad // Método, modo, procedimiento de actuar // Costumbre, uso, estilo // Actividad que, dirigidos por un maestro, conocedor o profesional, deben realizar durante determinado tiempo los que ejercerán ciertas carreras o desempeñarán algunos cargos // Destreza, habilidad // Aplicación, ejecución de principios, doctrina o programa. Antiguamente se dijo *práctica*, *plática* y *praxis*.<sup>140</sup>

Una noción de praxis más desvinculada del Diccionario, pero más descriptiva y relacionada con el desempeño profesional, es la que nos da LOLAS: una praxis es una amalgama en-

tre conocimiento, intención y práctica, todos con justificación y legitimidad social.<sup>141</sup>

Nuestro compatriota VÁZQUEZ PRADERI consigna las siguientes acepciones de mala praxis: *Mala praxis*: Error de actuación debido a imprudencia, impericia o negligencia. Responsabilidad culpable (art. 18 Código Penal, fines). Deficiente actuación profesional.<sup>142</sup>

Como se puede apreciar, en las tres nociones hay un elemento de valoración de la conducta: *destreza*, *habilidad* (Cabanellas), *intención* (Lolas), o bien *imprudencia*, *impericia*, *negligencia* o *deficiencia* (Vázquez Praderi). Este componente, tiene gran relevancia en la mala praxis notarial.

### 2. Mala praxis notarial

Sin perjuicio de poder incluir a la mala praxis notarial dentro de las nociones genéricas recién citadas, debemos destacar que, en este caso —al menos en el Derecho positivo uruguayo— hay un concepto legal, tanto de buena como de mala praxis, que incluye un componente ético-jurídico.

En efecto, la *buena praxis notarial*, se da cuando el Escribano desempeña *bien y fielmente* el oficio.<sup>143</sup> Por oposición, la *mala praxis notarial* es el *mal desempeño de sus funciones*.<sup>144</sup> Pero además, la buena praxis notarial requiere un comportamiento confiable, ya que ser notario obliga a *jamás desmerecer la confianza debida al carácter de esa profesión*, por lo que, a *contrario sensu*, habrá mala praxis notarial cuando se lesione tal confianza.<sup>145</sup>

Se nos ocurre que si se considerara que siempre y en todo caso el Escribano asume obligaciones de resultado en sentido estricto, en puridad dejarían de interesar los conceptos de buena o mala praxis, ya que no interesaría si su

---

Entonces al argumento nuestro de que el título es mejor porque está más estudiado, nos van a responder que el título de ellos está estudiado por un notario latino, y lamentablemente todos sabemos que van a conseguir al notario... Desde luego estoy de acuerdo con Julia, con todos los principios, pero si esto no lo transformamos en un problema absolutamente pragmático, práctico y útil para la profesión, el final va a ser peor." - MARRERO, intervención: " me consta por mi propio conocimiento que las compañías de seguro de título americanas están dispuestas a ofrecer un producto que se amolde al país donde lo van a ofrecer y un producto que en costo también refleja la realidad jurídica de ese país en particular." - D'ALESSIO, CARLOS (Presidente de la C.A.A.), intervención: " Por ahí pasa a lo mejor la actitud inteligente: que se diseñe el producto de seguro de título de notario latino, con costos mucho más bajos, que en definitiva estén vinculados al sistema notarial."

<sup>140</sup> CABANELLAS, GUILLERMO: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. 6, 23ª. ed., Heliasta, Buenos Aires, 1944.

<sup>141</sup> LOLAS STEPKE, FERNANDO: "La Medicina en el entrecruce de Ética, Técnica y Política (Notas para análisis)", en DERECHO MÉDICO, ob. cit., pág. 131. Dice también que "La idea de profesión, en sus concreciones modernas, unifica la práctica social y su elaboración discursiva en una constelación que se caracteriza por un saber unido a un hacer. Es lo que Laín Entralgo ha llamado saber-hacer..."

<sup>142</sup> VÁZQUEZ PRADERI, LUIS ALBERTO: Vocabulario jurídico de uso frecuente, Montevideo, 2000

<sup>143</sup> Art. 16 de la Ley Orgánica Notarial uruguaya, transcripto en la nota 71.

<sup>144</sup> Art. 75 de la L.O.N. uruguaya, transcripto en la nota 33.

<sup>145</sup> Otra vez art. 16 de la L.O.N. uruguaya (nota 71).

conducta profesional fue buena o mala —salvo en cuanto a determinar si él fue quien provocó el incumplimiento—, sino únicamente si se logró o no el resultado buscado. Ya adelantamos nuestra opinión en el sentido de que, de acuerdo con la legislación uruguaya, esa conducta debe ser siempre tenida en cuenta<sup>146</sup>, por lo cual recobra su vigencia, para el presente estudio, el análisis de la mala praxis, concepto que, como se vio precedentemente, está presente en la jurisprudencia.<sup>147</sup>

En este orden de ideas, para determinar si ha existido buen o mal desempeño de la función notarial, habrá que recurrir a la normativa general en materia de responsabilidad civil, es decir, examinar si el Escribano empleó *toda la diligencia de un buen padre de familia*<sup>148</sup>. Esto significa que habrá que comparar su conducta con *el modelo abstracto de un profesional medio, el que debe actuar con cuidado y diligencia de conformidad con las reglas de su respectiva profesión*.<sup>149</sup>

Parte de la doctrina considera que, en la responsabilidad civil profesional, debe mediar mayor severidad que en los demás casos, al apreciar la conducta del profesional, sea por sus mayores conocimientos, por su especialización en el tema de que se trate o por otras condiciones similares que, en definitiva, habrán determinado su elección y designación por los interesados, quienes establecen con aquél un vínculo *intuitu personae*.<sup>150</sup>

<sup>146</sup> Véase la sección 3, Naturaleza de las obligaciones asumidas por el Escribano.

<sup>147</sup> Ver reseña de fallos en la nota 74.

<sup>148</sup> Art. 1344 del Código Civil uruguayo, transcrito en la nota 58.

<sup>149</sup> SZAFIR, DORA. VENTURINI, BEATRIZ: "Responsabilidad de los profesionales", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIX, pág. 159.

<sup>150</sup> ALTERINI, ATILIO ANIBAL - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M.: "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano", Rev. La Ley, E-1989, pág. 853: "La relación jurídica entre un profesional y un profano está sometida a criterios específicos, que tienden a restablecer el equilibrio jurídico en cuanto es afectado por la superioridad técnica de aquél". A su vez, GAMARRA, Responsabilidad civil médica 1, ob. cit., pág. 59, expresa que la especialización, "como escriben Mazeaud-Tunc, <acrecenta sus deberes> al requerírsele habilidades y conocimientos especiales, vale decir, una competencia no exigible a un particular. No hay duda que, como señalan algunos autores, esos conocimientos que son fundamentales y propios del especialista despiertan confianza o expectativa en los clientes, que justifican la valoración de sus servicios con un criterio distinto al ordinario..." Por el contrario, "para otro sector" de la

Si bien compartimos que la elección y designación del Escribano está motivada generalmente en sus condiciones profesionales y personales y, sobre todo, en la confianza que se le tenga, estimamos que no puede exigírsele más que la *diligencia de un buen padre de familia* (notario medio), que es lo requerido legalmente, puesto que constitucionalmente no se está obligado a hacer lo que no manda la ley, como señalan CAFFERA y MARIÑO en una interpretación sistemática de las disposiciones aplicables.<sup>151</sup> En ese concepto de diligencia, incluimos la necesaria actualización de los conocimientos profesionales.<sup>152</sup>

doctrina "se impone un juzgamiento benévolo o condescendiente"... "porque la ciencia que manejan los profesionales —en especial los de las <ciencias blandas>, médicos, abogados— <no es una ciencia exacta> (BORDA); <porque la dificultad y el área de la actividad ejercida> fuerzan a esa benevolencia (Viney)... porque los profesionales son libres en la elección de los medios o caminos para llevar adelante el quehacer encomendado, y porque los fracasos, las más de las veces, reconocen una falla personal del cliente..., las llamadas causas subyacentes; la mala información dada al profesional; la escasa colaboración, etcétera." (MOSET TURRASPE, JORGE: "Los profesionales", en Revista de Derecho de Daños, 8, Daños profesionales, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 18)

<sup>151</sup> CAFFERA-MARIÑO, ob. cit. pág. 481 y 482: "El artículo 1342 del Código Civil no define el cumplimiento y el artículo 1344 en interpretación sistemática con el artículo 10 de la Constitución establece que el deudor sólo está obligado a desarrollar la diligencia de un buen padre de familia y no una diligencia mayor." El citado art. 10 de la Constitución uruguaya dispone: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

<sup>152</sup> "...la responsabilidad opera exclusivamente dentro de los límites del conocimiento científico existente. Pero correlativamente, dentro de éste (vale decir, dentro del área consolidada de la ciencia oficial), debe poseer la información adecuada, en consonancia con el grado de progreso alcanzado por la ciencia. Y como ésta evoluciona constantemente, de ello deriva el deber de mantenerse siempre actualizado, a la par del progreso de la disciplina, cuyo incumplimiento hace incurrir en culpa." (GAMARRA, Responsabilidad civil médica 1, ob. cit., pág. 64 y 65)

Sin duda que nos encontraremos ante situaciones de mala praxis notarial en todo caso de mal desempeño de la función, por acción u omisión (asesoramiento inexistente o inadecuado, parcialidad, falta de acreditación de la identificación de los otorgantes, errores inexcusables u omisiones en el estudio de títulos u otros antecedentes, revelación injustificada de secreto profesional, etc.). No habrá mala praxis si el Escribano actuó con diligencia pero esa actuación no culminó adecuadamente por la incidencia de factores extraños (caso fortuito, fuerza mayor, hechos del acreedor —en este caso. el requirente— o de terceros), que no le sean imputables por ser imprevisibles e irresistibles.<sup>153</sup> La jurisprudencia uruguaya ha hecho referencia a estos caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad, en relación con la responsabilidad notarial.<sup>154</sup>

No obstante lo que acabamos de señalar, el movimiento doctrinario y jurisprudencial defensor del principio “todo daño debe ser reparado” y de la regla *favor debilis*, empujan hacia la atención de los riesgos que, aún median-

do un comportamiento diligente del profesional, pueden concretarse en daños a ser indemnizados por la parte a la que se considere más fuerte o superior en la relación —en la especie, el notario, que, en la legislación actual uruguaya<sup>155</sup> es considerado *proveedor* de servicios a quien se los requiera, siendo éste, como *consumidor*, la parte débil a quien proteger.

### 3. Principales riesgos profesionales a considerar

Riesgo es la posibilidad de que acontezca un daño. Esta posibilidad se hace cada día más cierta en el ejercicio de la profesión notarial, aún mediando un comportamiento diligente del Escribano.<sup>156</sup>

Veamos algunas situaciones:

a) Sustitución de personas, lo que incide en el deber notarial de identificar a los otorgantes.

b) Existencia de instrumentos públicos o privados falsos (material o ideológicamente) —poderes, títulos, copias de escrituras carentes de matriz, etc.—, que desviarán al notario de una correcta tarea de legitimación y/o de estudio de títulos u otros antecedentes.

c) Revelación de secreto profesional u otras actitudes irregulares del personal de la oficina notarial.

d) Error en cálculos de tributos.

<sup>153</sup> GAMARRA, Responsabilidad contractual- II (ob. cit.): “La rareza o excepcionalidad del acontecimiento, su carácter extraordinario, anormal, legislativamente derivan de la expresión *caso fortuito o fuerza mayor* y se vinculan indisolublemente a los caracteres de la imposibilidad imprevisible e irresistible. Son eventos independientes de la voluntad humana...” (pág. 47). “...si existe una causa no imputable que determina la falta de cumplimiento, el deudor se libera únicamente por ausencia de relación de causalidad, que es un elemento esencial de la responsabilidad debitoria, al igual que en la responsabilidad aquiliana y no debe probar cómo se ha comportado, dado que la eximente excluye esta consideración cuando —por supuesto— la causa no le es imputable (y la imposibilidad no fue provocada por él)” (pág. 16). “La causa extraña es la causa <exterior>, la causa que es ajena al deudor, a su comportamiento, extraña a la esfera de control propia del deudor, a su esfera de organización y disposición” (pág. 21).

<sup>154</sup> “El hecho concreto en que se basó la demanda —responsabilidad profesional de la escribana por falsa certificación de la situación patrimonial— no puede calificarse como caso fortuito en tanto y con toda evidencia faltan en el hecho desencadenante de la responsabilidad de la escribana los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad que son imprescindibles para la conformación de esta eximente...dichos extremos sin duda son de imposible configuración en la situación planteada, en tanto al ser el documento una creación intelectual y por tanto consecuencia de un acto volitivo de su autor, nunca puede ser <irresistible> ni <imprevisible> su existencia formal ni su contenido sustancial” (Anuario de Derecho civil Uruguayo, tomo XXX, caso 742).

<sup>155</sup> Ley N° 17.250, de Relaciones de Consumo.

<sup>156</sup> Sobre ello nos advierte CAIVANO, RUBEN O, en “La Responsabilidad Profesional de Escribanos”, artículo difundido por Internet: “Basta ejercer la profesión para darse cuenta de lo vulnerables que podemos ser, cualquier precaución que se tome no alcanza para evitar ser sorprendidos en nuestra buena fe: Sustitución de Personas. Poderes Apócrifos. Títulos Falsos. Falsificaciones de Firmas, de Documentos Públicos o Privados. Son apenas una muestra de los peligros que enfrentamos a diario. Agreguemos a esto el avance de las técnicas de todo tipo que favorece el ya llamado “delito informático”, entendiéndose por esto el empleo de la informática para fraguar con gran calidad cualquier documento. Además, podemos vernos sorprendidos por reclamos que nos efectúan respecto de trabajos por nosotros realizados hace tiempo atrás, sobre los cuales, difícilmente nos acordemos. Porque todo lo que hagamos queda registrado, ya sea como escritura pública, en el Libro de Requerimientos o en cualquier documento donde esté nuestra firma. Es que ejercer nuestra profesión implica un conjunto de actividades no sólo relacionadas con la calificación del acto y su instrumentación, sino también con nuestra función de agentes de retención.”

A las recién enunciadas, hay que agregar otras hipótesis introducidas por cambios tecnológicos o por modernas modalidades delictivas en cuyo control debe colaborar el Escribano.

En efecto, el *fenómeno informático*, además de ofrecer a los profesionales la colaboración de la computadora y sus accesorios para una más cómoda y rápida realización de algunas de sus tareas, también plantea una serie de riesgos, provenientes, por ejemplo, de errores en la transmisión o recepción del mensaje —derivados de fallas en equipos o programas— o bien alteraciones intencionales de los mensajes mediante intromisión de terceros<sup>157</sup>, o divulgación de información reservada por acceso indebido a la computadora<sup>158</sup> o por la transmisión de la información vía Internet<sup>159</sup>. Incluso puede llegar a responsabilizarse al profesional por no utilizar una base de datos: un abogado fue condenado a indemnizar a su cliente al haber resulta-

do perdidoso en un juicio en el que, teniendo a su disposición la información proveniente de un banco de datos, no recurrió a su consulta para la resolución del caso.<sup>160</sup> Piénsese también en la responsabilidad que puede derivar para los notarios o para los Colegios o Asociaciones notariales en su caso, por su intervención en la contratación electrónica o como autoridades de certificación.<sup>161</sup>

Otra situación a considerar, según adelantamos, es el riesgo proveniente de la obligación que tiene el notario —cada vez más extendida en el Derecho Comparado— de colaborar en el control del *blanqueo de dinero* o *lavado de activos*, en aplicación del principio de debida diligencia —particularmente en cuanto al conocimiento del cliente— y el deber de informar sobre operaciones sospechosas. Inclusive alguna norma legal uruguaya, en una interpretación piedeletrista, plantea la responsabilidad por brindar cualquier asistencia o asesoramiento a los agentes de las actividades delictivas en ella previstas<sup>162</sup>. En estos casos, dejando de lado la responsabilidad frente al Estado —por no ser objeto de este trabajo— el riesgo está en la responsabilidad frente al cliente si, por una apreciación errónea del carácter de la operación celebrada, se informan detalles de ella que, en principio, están bajo el deber de reserva profesional.<sup>163</sup> Son varios los países donde a los no-

<sup>157</sup> BELLO, GRACIELA: "Responsabilidad civil derivada del fenómeno informático", Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, vol. 30, mayo de 1995, pág. 64.

<sup>158</sup> "Los auxiliares del Escribano, que hasta el momento podían tener restringido el acceso a determinados documentos o datos que se guardaban a buen recaudo por su titular, hoy tienen fácil acceso al equipo de computación que almacena (muchas veces por <respaldo>) todos los actos que fueron otorgados por los clientes y autorizados por el Escribano en su protocolo o incorporados al registro de protocolizaciones" RIBAS REBOLLO, MARÍA TERESA: El secreto profesional (trabajo presentado a la VI Jornada Notarial del Cono Sur, Punta del Este, 8 - 11 de marzo de 1990), ed. AEU, Montevideo, 1990, pág. 17.

<sup>159</sup> LAMBERT, JEAN y CASSIUS DE LINVAL, ROBERT: "Le secret professionnel à l'ère des communications électroniques", en La *Revue du Notariat*, vol. 99, Montreal, 1996: "En esta materia, ¿qué es la prudencia y la diligencia? Es una cuestión de gestión de riesgos. El jurista debe identificar los riesgos a los cuales están expuestas las informaciones que conserva o que comunica. En consecuencia, le será necesario elegir una protección adecuada, teniendo en cuenta el grado de riesgo que está dispuesto a soportar y los costos necesarios para prevenirse de los riesgos identificados... Si clientes y juristas están de acuerdo en la utilización de estas nuevas herramientas de comunicación, creemos que éstos deberían por lo menos aconsejar a sus clientes la adopción de ciertos procedimientos o prácticas de seguridad en su empleo" (pág. 106). "Los problemas de responsabilidad ligados a la autorruta de la información son, para el jurista, de dos órdenes: 1) cómo asegurar la seguridad de las informaciones almacenadas; 2) cómo asegurar la seguridad de las informaciones en tránsito" (pág. 116) El artículo está en francés, asumiendo la autora del presente trabajo la responsabilidad de la traducción.

<sup>160</sup> BELLO, ob. cit., pág. 72.

<sup>161</sup> TRIGO REPRESAS, FÉLIX A: "Las responsabilidades profesionales en la última década del siglo XX y la prospectiva para el siglo XXI", en Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 336 y 337: "La era tecnológica ya está creando en el derecho nuevos y complejos problemas en la temática de la reparación de daños... La incidencia de la nueva tecnología en el derecho de daños, se ha afirmado, se advierte en los siguientes temas: 1. Responsabilidad civil por productos elaborados. 2. Daños nucleares. 3. Daño ecológico. 4. Responsabilidad civil emergente de la informática. 5. Daños derivados de la aplicación de la biotecnología".

<sup>162</sup> Art. 57 de la Ley N° 17.016: "El que asista al o los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la Justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría".

<sup>163</sup> "Piensen cuándo termina el confidente profesional ... y cuándo empieza el potencia colaborador profesional con deber de informar operaciones presuntamente sospechosas ... en nuestro país se hace imperioso regu-

tarios se les han impuesto los deberes de diligencia y de información en esta materia, lo que ha motivado interesantes reflexiones de la Comisión de Deontología de la Unión Internacional del Notariado Latino.<sup>164</sup> En Uruguay, un

---

lar el principio de confidencialidad y la llamada Exención de Responsabilidad en caso de informe de operaciones sospechosas" (CERVINI, RAÚL: "La carga de conocimiento del cliente y la responsabilidad de los agentes financieros y profesionales", disertación en el Seminario sobre Lavado de Activos organizado por la Asociación de Escribanos del Uruguay y la Junta Nacional de Drogas, Montevideo, 3-4 de setiembre de 2001. Publicación A.E.U., Montevideo, 2001, pág. 23 y 25). El disertante se refirió también a la carga de conocimiento y vigilancia del cliente, que, por ahora, en Uruguay sólo se aplica a las entidades financieras, pero adelantó algunos problemas que podrían darse en caso de su extensión a los profesionales.

<sup>164</sup> En el N° 1 de los Cuadernos de Deontología Notarial elaborado por la citada Comisión y titulado "La intervención notarial en relación con el blanqueo de dinero", podemos leer: "Los dos problemas deontológicos más importantes que se plantean al notario en esta materia se vinculan al deber de diligencia y al secreto profesional... un buen criterio será el de informar al otorgante acerca de los supuestos específicos de blanqueo que recoge la legislación y tipificar jurídicamente de acuerdo con tal información y el contenido del documento los datos que permiten excluir tal acto o contrato de los supuestos legales e incluir dichas clarificaciones en el documento" (pág. 31 y 32). "La excepción a la obligación de secreto de protocolo sólo puede justificarse por la inclusión clara del supuesto comunicado dentro de los tasados por la Ley... lo que realmente interesa desde el punto de vista deontológico... es la conducta del notario. Es decir, qué medios ha puesto el notario para que las dudas que puedan surgirle sobre el abstenerse o no de actuar, queden totalmente despejadas por su diligente actitud... El que el notario pueda basar sus denuncias a las autoridades en meras presunciones, aunque el contorno jurídico de las mismas venga determinado por la ley, afecta de manera muy notable a la esencia de la función notarial. No sólo porque introduce un margen de discrecionalidad en la actuación del notario que perjudicaría su imagen de imparcialidad, sino porque la presunción, por su propia naturaleza, es subjetiva. Ante un mismo hecho unos notarios presumirán que existe blanqueo en una operación y otros no..." (pág. 33 a 35). "Hemos aludido anteriormente al hecho de que el notario en el ejercicio de su función, no sólo puede sino que debe informar a las partes respecto del alcance jurídico del acto que pretenden así como de su conformidad con la legalidad. Pero junto al deber de informar está el de asesorar... dicho asesoramiento no sólo debe extenderse a indicarle el tipo ideal o fórmula jurídica más precisa y económica sino que también debe extenderse a aconsejarle el desistimiento del acto por incurrir en posibles responsabilidades legales" (pág. 35 y 36).

anteproyecto de ley de fortalecimiento del sistema de prevención y control del lavado de activos y financiación del terrorismo, contiene disposiciones que incluyen a los notarios y establece normas de exoneración de responsabilidad.<sup>165</sup>

Ante la posibilidad de que en las situaciones reseñadas, aún sin culpa del Escribano, se lo obligue a la reparación del daño en función de los criterios de responsabilidad objetiva y de protección al débil y también teniendo en cuenta una eventual insolvencia del notario negligente que, al frustrar la expectativa de indemnización del damnificado agrega a su conducta un desprestigio para toda la profesión, debemos pensar en soluciones. Una de ellas, podría ser el seguro.

---

<sup>165</sup> Transcribimos algunas disposiciones del referido Proyecto: "Artículo 1°.- Todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay estarán obligados a informar aquellas transacciones que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulten inusuales, sin justificación económica o legal evidente, o de complejidad inusitada o injustificada, así como también las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de impedir el delito de lavado de activos previsto en los arts. 54 y siguientes del Decreto-Ley 14.294 de 31 de Octubre de 1974 incorporados por el art. 5o. de la Ley 17.016 de 22 de Octubre de 1998, con las modificaciones introducidas por la Ley No. 17.343 de 25 de mayo de 2001; y el delito previsto en el artículo 12° de la presente ley... Artículo 2°.- También estarán sujetos a la obligación prevista en el artículo anterior, los casinos, las empresas que presten servicios de transferencia y/o envío de fondos y los abogados, escribanos, contadores y otras personas físicas o jurídicas que realicen transacciones financieras o participen en la administración de sociedades comerciales a nombre y por cuenta de terceros... Artículo 3°.- Ningún sujeto obligado podrá poner en conocimiento de las personas involucradas las actuaciones e informes que sobre ellas realicen en cumplimiento de la obligación impuesta en los artículos 1°, 2°, y 23° de la presente ley.

Una vez formulado el reporte, la Unidad de Información y Análisis Financiero deberá instruir a quien lo realice, respecto de la conducta a seguir con relación a las transacciones objeto del mismo y de la relación comercial con el cliente... Artículo 4°.- El cumplimiento de buena fe de la obligación de informar prevista en los artículos 1°, 2°, 5°, y 23°, en tanto se ajuste estrictamente a los procedimientos que al respecto establezca el Banco Central del Uruguay o el Poder Ejecutivo en su caso, no configurará violación del secreto profesional y no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa ni de ninguna otra especie para los sujetos obligados".

#### 4. Interés de las aseguradoras: *dolus malus o dolus bonus?*

Las compañías aseguradoras, como empresas financieras que son, tienen como principal objetivo el rendimiento económico de su actividad, lo que conduce a que procuren expandirse internacionalmente y ampliar su cartera capturando los nichos de mercado que en algunos países aún no han sido explotados o no han tenido suficiente desarrollo. Este afán expansivo, coloca a todos los países y a todos los individuos —en el tema en estudio, a los profesionales— bajo su mira, integrándolos a sus estudios de mercado.<sup>166</sup>

<sup>166</sup> En ese sentido, recomendamos la consulta a un informe publicado en Responsabilidad Médica News N° 11 y difundido por Internet:

<http://www.sanpacific.com.ar/RPNantEsp.html>, cuyas consideraciones se refieren a los profesionales médicos pero que pueden, sin esfuerzo, hacerse extensivas al Notariado, elaborado por CATALANI, CARLOS (Gerente de Reaseguros de San Pacific S.A) y referido a "Praxis médica: análisis comparativo del Mercosur". El autor señala que en Argentina " Los profesionales de la salud están advertidos de la situación que los afecta. Esto es el fruto de un largo trabajo de años para ayudarlos a concientizarse de los peligros a los que se exponían al trabajar sin un seguro de Responsabilidad Profesional. Se llevó a cabo una tarea de difusión muy importante, haciendo hincapié en la prevención de la mala praxis. Los próximos pasos en esta materia, están orientados a brindarles a los profesionales de la salud las herramientas necesarias para que puedan identificar las diferencias entre las distintas ofertas de las compañías, los FAS y las ventajas de las pólizas Ocurrencia sobre las Claims Made. Las compañías de seguros están, en su mayoría, interesadas en comercializar este tipo de seguros, ya que representa un nuevo nicho en el mercado y ofrecen más servicios en sus redes de ventas." En Uruguay, "Desde principios de los '90 se ofrece este tipo de seguro. Su evolución y crecimiento fue lento. Este mercado no está más desarrollado quizás por la escasa oferta de productos ... El BSE [Banco de Seguros del Estado] ejerció un virtual monopolio en este ramo. Ahora Sudamérica Surinvest SA. lanzó al mercado pólizas tanto para profesionales como para instituciones médicas, con coberturas Claims Made y Ocurrencia ... Considerando que este mercado se expandirá por la oferta de más operadores y de nuevas coberturas, proyectamos para el año 2003 ... un 65% del mercado asegurado ... Las compañías de seguros son, casi en su totalidad, filiales de aseguradoras extranjeras, lo que representa algunas trabas para los ejecutivos locales cuando intentan comercializar este tipo de productos. En Paraguay, "Existe un desarrollo ínfimo en parte por la idiosincrasia propia del país, en el que no existe una cultura tan fuerte del reclamo. El índice de reclamos y el volumen de primas es tan bajo, que se podría decir que es un mercado casi virgen ... Las compañías

En virtud de la obligación de decir la verdad que, como afirma CHOMSKY, tenemos los intelectuales, es necesario clarificar algunos aspectos, a fin de apreciar, en el tema seguros, qué es lo que nos venden o nos pretenden vender, pues ya se pudo apreciar que, en relación con el seguro de título, no venden una protección de éste, sino la eventualidad de pago de una suma de dinero.

En general, las aseguradoras promocionan su imagen protectora de los asegurados, —ya que, según ellas, atienden a una necesidad existente— y una pretendida funcionalidad del seguro en cuanto a restituir las cosas y los hechos al estado que tenían antes del siniestro.<sup>167</sup> En nuestra opinión, muchas veces las necesidades las crean las propias compañías, introduciendo riesgos en sistemas que no los tienen o no los tenían y "concientizando" a los ciudadanos acerca de una pretendida existencia real del problema —es lo que ocurre, verbigracia, con el seguro de títulos para el mundo latino, caso en el que se pretende el desequilibrio del sistema mediante la introducción del documento privado en las transmisiones inmobiliarias o en sus preliminares, lo cual genera ries-

de seguros ven en este tipo de productos un nicho con mucho potencial, pero reconocen que aún deben trabajar mucho en la promoción, difusión y concientización de la comunidad médica." En Brasil: "Desde hace unos pocos años, los profesionales han iniciado una tibia y limitada contratación de este tipo de seguros. No existe una gran cultura por reclamar y no son muchos los juicios existentes (aunque el índice marca un crecimiento sostenido en los reclamos) y ya se han formado asociaciones protectoras de víctimas del error médico ... Con la posible apertura del mercado de reaseguro, y una creciente preocupación de la comunidad médica, son muchas las compañías y los corredores que se interesan en explorar y explotar este nicho." Para los cuatro países se indica que " El sistema jurídico es codificado. Los procesos judiciales son extremadamente lentos..." añadiendo, en el caso de Brasil, que " tiene una gran importancia la ley de defensa del consumidor".

<sup>167</sup> Así por ejemplo, PANETTA, ALBERTO —gerente en Uruguay de una empresa del ramo— en su intervención sobre "El Seguro desde el punto de vista contractual", en las II Jornadas de Responsabilidad Médica (1996)—pub. del Sindicato Médico del Uruguay, Montevideo, 1998— afirma: "El seguro surge para dar respuesta a una necesidad que se crea. La gente asegura sus autos, sus bienes, su vida, en virtud de que existe posibilidad de siniestros o reclamos, como pueden ser los choques, los robos y la muerte. Ante esas necesidades creadas existe un producto de seguros que lo puede colocar en la misma situación que estaba antes de producirse el hecho" (pág. 179).

gos que luego se atienden con seguros—. A su vez, nos parece que constituye una *falacia verboideológica* —en la feliz expresión de nuestro CARLOS VAZ FERREIRA— afirmar la restitución al estado anterior del siniestro, puesto que no vemos cómo quien ha perdido un bien (finca, automóvil, etc.) o su vida en un siniestro, puede, mediante el seguro, recuperar la misma cosa o resucitar en su caso: lo que se obtiene en estos casos, es siempre una indemnización de tipo económico, que permitirá adquirir otro bien o mejorar la situación de los herederos o beneficiarios. Ésa es la verdad.

Tenemos dudas en cuanto a evaluar esta política de las aseguradoras como *dolus malus*, o como el *dolus bonus* con el que algunas veces se disculpan y se justifican algunas actitudes comerciales.

Veremos enseguida cómo dichas compañías pretenden negar algunas consecuencias funestas del seguro, tales como el aumento de las reclamaciones y cómo la existencia de un seguro puede influir en los jueces al momento de la determinación de un responsable del daño.

##### 5. Eventual incidencia del seguro en el aumento de las reclamaciones, en las decisiones judiciales y en el incremento de la mala praxis

Se sostiene por parte de las compañías aseguradoras, que hay primero una demanda del mercado de que se atiendan por la vía del seguro ciertas situaciones y luego viene la oferta del producto adecuado. También afirman que el aumento de las demandas no guarda relación con la existencia del seguro.<sup>168</sup>

Sin embargo, la doctrina ha señalado desde muy temprano que el seguro produce un incremento de las reclamaciones y aún de los siniestros que pretende atender, sin perjuicio de

que existan otros factores secundarios para tal incremento.<sup>169</sup> Entendemos que no es por mera casualidad que la industria del seguro tiene su mayor desarrollo en E.E.U.U. —Hartford es considerada la *capital del seguro*—, cuyo pueblo es el más litigioso del mundo, con más casos y más abogados.<sup>170</sup> Es, precisamente, en Estados Unidos, donde, ante la proliferación de reclamos por responsabilidad, se han buscado paliativos consistentes en limitar el monto de lo reclamado y, de esta forma, frenar en algo las deman-

<sup>169</sup> PEIRANO FACIO, en su obra *Responsabilidad extracontractual*, ya citada, enumera varias causas del incremento extraordinario de los temas relativos a la responsabilidad (el progreso industrial, la concentración de la población en las ciudades, el cambio de las ideas políticas, etc.), de las cuales nos interesa destacar tres, por su estrecha relación con las cuestiones que estamos abordando: el seguro, la prensa y la jurisprudencia. Dice el nombrado: "...el seguro posee, asimismo, importantísima incidencia en el actual desarrollo de la responsabilidad. Esta incidencia actúa de dos maneras fundamentales: por un lado, creando en el plano psicológico la mentalidad que se señalará en el apartado siguiente, y que es una de las causas más primordiales del éxito y apogeo de los procedimientos de responsabilidad civil, y por otro, facilitando la producción de accidentes, al llevar al ánimo de los particulares la despreocupación que engendra el convencimiento de que "el seguro paga". Aún reconociendo que esta despreocupación que encuentra su origen en el hecho del seguro no posee la entidad que algunos le pretenden atribuir, es indudable que ella, en ciertos aspectos, ejerce notable influencia en el sentido de multiplicar y magnificar los episodios de responsabilidad civil" (pág. 4). Agrega que "...finalmente, cabe señalar que existen algunos factores accidentales y secundarios que también contribuyen el desenvolvimiento de la responsabilidad civil. De entre ellos, sólo señalaré dos: por un lado, la extraordinaria difusión que por medio de la prensa o de la radio adquieren los más absurdos y singulares procesos de responsabilidad, y que despierta en los eventuales futuros reclamantes la idea de iniciar procesos basados en perjuicios que de otro modo les hubieran parecido perfectamente naturales y no indemnizables, y por otro lado, la ampliación constante que la jurisprudencia introduce en la lista de los rubros indemnizables (v.g.: incluyendo en ella el daño moral) provocando el consiguiente crecimiento del número de litigios de responsabilidad" (pág. 6).

<sup>170</sup> La expresión final en cursiva, pertenece a la jueza de E.E.U.U., LYDIA CALVERT TAILOR, quien así se manifestó en el Panel Organizacional que se llevó a cabo el 13 de agosto de 1998 en el marco de las actividades del Primer Congreso Internacional de Administración de Conflictos, celebrado en Buenos Aires, del 11 al 14 del mes y año citados.

<sup>168</sup> PANETTA, en la disertación antes citada, asevera que "no porque exista el Seguro va a haber más riesgos" (pág. 179) y amplía este pensamiento señalando que "El incremento de las demandas no está en relación directa con la existencia de un Seguro. Se debe a otras causas, entre las que podemos mencionar el cambio de la mentalidad de la gente, con base en la experiencia de otros países y la penetración cultural, ya sea por vía del cine, la televisión, el cable, e incluso informaciones que salen en los periódicos locales." El disertante agrega a los factores enunciados, que está empezando a haber una "industria del juicio" (pág. 180).

das y evitar el crecimiento desmesurado de las primas de los seguros.<sup>171</sup>

<sup>171</sup> La versión en Internet de Diario Médico (DM), da cuenta del aumento de las primas y de proyectos y concreciones en cuanto a la referida limitación: "Los fondos estatales de compensación para indemnizar casos de mala praxis médica en Estados Unidos están experimentando una subida en las aportaciones que deben hacer los facultativos, según informa el último número de American Medical News. Este incremento ha igualado a las primas que deben satisfacer los médicos por sus seguros privados de responsabilidad que, a su vez, se han disparado por la crisis en que está inmerso el aseguramiento desde hace dos años, motivada por las elevadas cuantías de las indemnizaciones que imponen los tribunales y los jurados. La iniciativa de establecer un fondo estatal para compensar a los pacientes por los casos de negligencias médicas surgió en Estados Unidos a mediados de los años 70. La fórmula, que consiste en una aportación que hacen todos los médicos con la finalidad de repartir el riesgo entre los profesionales, ha demostrado con el paso de los años ser eficaz para combatir la crisis de la responsabilidad médica. El dinero del fondo está destinado a pagar las indemnizaciones que superen una cifra determinada que se establece por el Estado". El 20 de febrero de 2003, informaba acerca de que "Un estudio publicado en *Kaisernetwork* ha revelado las claves de cómo existe ahora un ambiente propicio en las instancias políticas de Estados Unidos que facilitaría la aprobación tanto en el Congreso como en el Senado de un proyecto que limitara las indemnizaciones por daños médicos... Donald J. Palmisano, presidente electo de la AMA, explicó a DM que uno de los principales retos que la profesión afronta en Estados Unidos es el encarecimiento de las pólizas de responsabilidad médica, que están provocando la salida del sector de muchas compañías del seguro o dejando a médicos sin capacidad económica para contratarlas. <Pienso que la aprobación de una ley que ponga un tope a las indemnizaciones por daños no económicos [que en Estados Unidos cubren el dolor y el sufrimiento y suponen el grueso del importe de las condenas] aliviaría en buena parte el problema> Sólo los Estados de California, Indiana, Montana y Utah han limitado las indemnizaciones". Posteriormente, dio cuenta de que "Los ciudadanos de Texas (Estados Unidos) han aprobado una enmienda constitucional del Estado para poder limitar las indemnizaciones por daños punitivos en casos de mala praxis médica... Como ya adelantó Diario Médico, las dos cámaras aprobaron hace unos meses un proyecto que establece un límite máximo de 750.000 dólares para los daños punitivos, que se desglosa en 250.000 dólares cuando las demandas se dirigen sólo contra un médico, otros 250.000 en el caso de reclamaciones contra un solo hospital y 500.000 dólares si se reclama a dos o más centros sanitarios. Si existen tres o más demandados, el límite máximo es de 750.000 dólares (ver DM del 11-VI-2003)". La información continúa: "La reciente medida que ha aprobado el Estado [Pensylvania] librando a ciertas especialidades de con-

Por lo tanto, ya no es sólo la doctrina sino que también los hechos o las realidades de algunas sociedades, abonan la tesitura de que el seguro fomenta los pedidos de reparación y, consecuentemente las contribuciones de los asegurados. En Uruguay, la dirigencia política nacional también es consciente del tema<sup>172</sup>.

En palabras de quienes pueden considerarse los principales protagonistas, esto es, los notarios —en tanto responsables por su ejercicio profesional—, los magistrados atienden a la situación del que consideran más débil en la relación y, para acordarle indemnización, buscan un patrimonio responsable, por lo cual, si existe un sujeto asegurado, ése será condenado a pagar dicha indemnización haciendo jugar su póliza.<sup>173</sup>

tribuir al fondo estatal es simplemente un apoyo que no resuelve el problema real. Por su parte, Virginia Occidental ha seguido los pasos de Texas y este año ya tiene en vigor el límite de 250.000 dólares para las indemnizaciones por daños punitivos. Tanto Pensylvania como Virginia Occidental fueron los primeros estados que sufrieron los síntomas de la crisis, con la consiguiente emigración de profesionales hacia otros Estados o el abandono de ciertas especialidades."

<sup>172</sup> "...nosotros queremos, a toda costa, limitar la responsabilidad civil, cosa que se puede hacer. Es más: lo que queremos es regularla, porque está en el viejo Código Civil... De lo contrario, la tendencia va a ser la que vemos en todo el mundo: va a haber un rubro que va a empezar a crecer agigantadamente, que es el seguro que tienen que tomar ustedes y las instituciones para cubrirse de la demanda civil. Y no tiene sentido; no está en el espíritu nacional. Está bien que, si hay un daño, debe indemnizarse, pero también, para que un servicio tenga menor costo, las demandas no pueden ser descabelladas. Si bien este es un asunto que todavía, en volumen, no es demasiado importante, va evolucionando. Justamente, hay que tratarlo antes de que evolucione demasiado; hay que hacer también medicina preventiva en este tema." (Palabras del Dr. ALEJANDRO ATCHUGARRY (Senador de la República, Ministro de Economía y Finanzas y nuevamente Senador en reunión con profesionales de la Medicina, de que da cuenta Noticias, setiembre de 1999, separata N° 100 (Sindicato Médico del Uruguay), en Internet.

<sup>173</sup> Recurrimos una vez más a la reunión de la Comisión de Asuntos Americanos, Montevideo, 2001:

- LORTIE, LOUISE: "En Canadá tenemos un problema muy grande: la Chambre des Notaires de Québec está en principio en contra del seguro de título, pero en la práctica los tribunales dan al consumidor el seguro de título [sic] en contra del notario... cada notario tiene un seguro de un millón de dólares y es obligatorio, no facultativo. Pero esta obligación creo que nos hizo un daño, porque los jueces dicen: <Pobre consumidor, va a perder su casa, tiene un problema muy grande, y el

También se sostiene que la existencia de un seguro puede favorecer la aparición frecuente de casos de mala praxis, puesto que no habría que esforzarse en ser diligente si, de todas formas, *el seguro paga*. Esta es la posición que desde hace años, se ha sostenido desde la Asociación de Escribanos del Uruguay, para fundamentar el rechazo al seguro, como lo recuerda PÉREZ MONTERO<sup>174</sup>. Opinamos que ese temor es infundado, ya que, exceptuado el bajo porcentaje de Escribanos que actúan incorrectamente —que los hay, como en todas las profesiones y dentro del género humano en general<sup>175</sup>— los

notario tiene un seguro de un millón de dólares. Entonces, que sea responsable el notario.> Eso provoca que cada vez el seguro nos cueste más dinero.” -GÓMEZ FERRER, RAFAEL: “lo que suele ocurrir en España es que no hay una responsabilidad objetiva del notario... Lo que sucede es que los jueces llevan hasta el extremo el deber de diligencia, por lo que siempre te pillan por un sitio... Y generalmente lo hacen cuando el perjudicado es una persona que no tiene medios económicos, y si tiene que pagar alguien que lo haga quien tiene seguro. Es lo que pasa con la responsabilidad civil de los médicos: cuando pasa algo, ¿quién tiene seguro? Lo tiene el médico, entonces le buscan el punto para decir por dónde tiene que caer y le establecen la responsabilidad”. LORA TAMAYO, ISIDORO: “en la medida que exista un seguro, los jueces van a ir evolucionando hacia esa responsabilidad de resultado, hacia esa responsabilidad objetiva, o bien a exigir tales requisitos que en la práctica -como decía Rafael- se termina en una responsabilidad objetiva. Ésa siempre es la técnica de la responsabilidad civil. Toda la evolución de la responsabilidad civil, ante un daño, es la búsqueda de un patrimonio responsable. La responsabilidad civil no hace otra cosa. Se ha producido un daño, hay que ver qué patrimonio debe responder con objeto de que sufra el que menos debe responder, y en definitiva no se meten más matizaciones. Al existir una empresa aseguradora, es evidente que es la más responsable.”

<sup>174</sup> “En nuestra Asociación tenemos que superar el problema contra el seguro de responsabilidad civil porque la vez que lo planteamos hace años dijeron que no porque eso iba a aumentar el número de pleitos contra el notario por responsabilidad civil, por el efecto psicológico de la presencia del seguro al cual se refirió ya Louise. Si hay una mala praxis tenemos que responder, porque el mal ejemplo del que no puede cobrar por mala praxis del notario nos estropea toda la manzana.” (PÉREZ MONTERO, HUGO, en la reunión de la comisión de Asuntos Americanos ya citada).

<sup>175</sup> Consideramos aplicables también a los notarios las expresiones que, con relación a los jueces, pronunciara el magistrado LESLIE VAN ROMPAEY al asumir como Presidente de la Suprema Corte de Justicia, de las que da noticia el diario uruguayo *El Observador*, de fecha 3 de febrero de 2004, pág. 7: “los jueces, por el solo hecho de su investidura, no quedan cubiertos a perpetuidad de toda falencia desde el punto de vista ético o de la falibilidad propia de los seres humanos.”

demás continuarán apegados a su juramento de *jamás desmerecer de la confianza debida al carácter de esa profesión*.

Tampoco debemos olvidar que en manos de los órganos disciplinarios y también de las instituciones gremiales —cuando sus estatutos prevean formas de control de la conducta de sus integrantes, como es el caso de la Asociación de Escribanos del Uruguay— está la contención de las desviaciones profesionales. Por otra parte, todo dependerá de las condiciones de las pólizas, en la medida en que contemplen o no los casos en que se actúa intencionalmente.<sup>176</sup>

En cualquier forma, hoy como ayer, seguimos pensando que la imagen del Notariado y la confianza pública en la profesión se deterioran profundamente cuando, además de la conducta profesional irregular, la insolvencia del responsable frustra hacer efectiva su responsabilidad.<sup>177</sup>

<sup>176</sup> “Es inadmisibles que un profesional se descuide en su trabajo simplemente porque exista algo capaz de reparar materialmente determinado daño...Además de la conciencia del hombre y del profesional, prevalece, aun, la vanidad natural en el deseo de que todo acabe bien, siempre que sea posible” (VELOSO DE FRANCA, GENIVAL: “Socialización del seguro médico”, en: DERECHO MÉDICO, ob. cit., pág. 286). “El dolo como es obvio siempre está excluido del contrato de seguro porque si no termina con el elemento importante del seguro que es el álea. Si el propio asegurado intencionalmente provoca el daño es lógico que no puede estar cubierto, porque el negocio no podría funcionar. En cambio, lo que se ha discutido es si la culpa grave debe estar o no cubierta ...en la Argentina siempre se excluye la culpa grave... El Banco de Seguros responde siempre, salvo cuando haya intención...” (Prensa, JORGE: “El Banco de Seguros responde siempre”, en: II Jornadas de Responsabilidad Médica, ob. cit., pág. 185 y 186).

<sup>177</sup> En nuestro “Ensayo...” citado, ya hacíamos notar que el Notariado uruguayo no tiene otra previsión, al respecto, que la responsabilidad directa y personal de cada Escribano con su patrimonio, lo que, sin duda, hace incierta la situación de los damnificados que, eventualmente, pueden ver sumados a los daños emergentes de la inconducta del notario los perjuicios resultantes de su insolvencia. Esta hipótesis de la insolvencia del responsable agrava más, si es posible, la nefasta repercusión que sobre la institución notarial tiene cada apartamiento de la conducta debida por alguno de sus integrantes, con lo cual, evitar esas situaciones, resulta, en definitiva, beneficioso también para la propia institución. Ello lleva a reflexionar sobre si no habrá llegado el momento de arbitrar soluciones efectivas (pág. 28 y 29). ORDOQUI ha considerado acertada esta opinión nuestra (Responsabilidad civil del profesional liberal, ob. cit., pág. 193).

Siempre en camino de buscar soluciones, por la vía del seguro o por otros mecanismos, procede diferenciar entre sí las dos variedades de seguro a que nos hemos venido refiriendo, esto es, seguro de título y seguro de mala praxis.

### IX. DIFERENCIAS ENTRE EL SEGURO DE MALA PRAXIS Y EL SEGURO DE TÍTULO

La cuestión relativa a las diferencias entre el seguro de mala praxis y el seguro de título, requiere expresa consideración, por ser uno de los ítems insoslayables del tema según la denominación que a éste se le asignó para la Jornada.

Varias son las diferencias existentes entre ambas modalidades de seguro. Destacamos:

- En el *seguro de mala praxis* —como en casi todos los seguros— la cobertura dice relación con riesgos futuros e inciertos. En cambio, *el seguro de título* se caracteriza porque los riesgos cubiertos ya han ocurrido.

- En el *seguro por mala praxis*, el daño proviene de la actividad del Escribano —debe tenerse presente que en Uruguay no habrá seguro si medió dolo, mientras que en Argentina no lo habrá tanto si existió dolo como si existió culpa grave—. En el *seguro de título*, el daño proviene de fallas o defectos en la titulación que conducen a que se concrete la evicción respecto del bien involucrado.

- El *seguro de mala praxis* cubre al Escribano, ya que, si no existiera tal cobertura, tendría que responder con su patrimonio. El *seguro de título*, en ciertas hipótesis, evita repercusiones negativas, derivadas de la obligación de responder, en el patrimonio del enajenante —si se trata de una operación de transmisión del dominio— o del garante —en materia de préstamos—; no obstante, en la forma en que suele ser contratado en los medios en que se utiliza, funciona en protección del adquirente o del acreedor en su caso.

En el *seguro de mala praxis*, la prima la paga el profesional asegurado. En el *seguro de título*, la paga el adquirente o el mutuario, según la operación de que se trate.

En el *seguro de mala praxis*, si el seguro contratado no alcanza a cubrir la indemnización fijada, cabe acción contra el patrimonio del profesional, por el saldo —téngase presente que la magistratura uruguaya, ha tomado en cuenta en materia de responsabilidad notarial, el

daño moral y la pérdida de la chance<sup>178</sup>—. En el *seguro de título*, sólo se responde hasta la cantidad asegurada.

De entre las diferencias enunciadas, nos parece que la principal es la que tiene que ver con las distintas fuentes de los riesgos: conducta del notario en la mala praxis y defectos en la titulación en el caso del seguro de título. Sin perjuicio de ello, hacemos hincapié en que el error en el estudio de los títulos o las fallas en la titulación no advertidas por el Escribano pero que serían perceptibles para un profesional medio, configurarían situaciones de mala praxis, mientras que los defectos ocultos o no fácilmente advertibles —como por ejemplo, la falsedad de alguno de los documentos acreditativos del proceso dominial— no deberían configurar responsabilidad profesional y, en todo caso, darían lugar al funcionamiento del seguro de título, si éste hubiera sido contratado. Precisamente, la existencia de documentos falsos —problema real— es una de las cuestiones más preocupantes en el ejercicio profesional y que debe hacernos pensar en esta hipótesis y en otras, en algún mecanismo de protección.

### X. FORMAS DE ATENDER A LA REPARACIÓN DEL DAÑO, EN EL DERECHO NOTARIAL COMPARADO

Son muchos los países en que se ejerce la función notarial latina, que han tomado previsiones para la reparación de los daños provocados por la inconducta profesional del Escribano.

GÓMEZ - MARTINHO FAERNA en su estudio comparativo sobre los sistemas notariales de tipo latino en los países miembros de la Unión

<sup>178</sup> “Se confirmará la sentencia primera instancia en cuanto a que condenó a pagar a los actores la cantidad de U\$S 2.000 por concepto de indemnización del daño moral, como consecuencia del error técnico incurrido por el escribano...” (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 740) “El Tribunal entiende que si bien no se ha probado la pérdida de la chance o posibilidad de vender el inmueble en condiciones de normalidad, por lo cual se revocará este rubro, sí existe la certeza de un daño patrimonial...” (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 741).

Europea, señala la existencia en ellos de un seguro obligatorio.<sup>179</sup>

La consulta a las legislaciones de otros países, permite apreciar que muchas de ellas también contienen normas para garantizar el resarcimiento de los damnificados:

- En Argentina, existe 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 en 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 Bolivia, los Notarios están obligados a dar una hipoteca para la responsabilidad de las condenaciones que se pronunciaren contra ellos, por faltas o delitos que cometen en el ejercicio de sus funciones.

- En Costa Rica, se ha creado un fondo de garantía de los notarios públicos, que es administrado por la Dirección Nacional de Notariado, con destino a reparar los daños y perjuicios que, en el ejercicio de su función, puedan ocasionar a terceros. Lo más interesante de la legislación costarricense sobre este tema, es que

estimula el buen comportamiento profesional y castiga al infractor, ya que dispone que cuando el notario cese en sus funciones, podrá retirar lo aportado al Fondo, pero el que incurra en responsabilidad civil, no podrá volver a ejercer hasta que cubra el monto pagado por la Dirección.

En Ecuador, el notario deberá prestar fianza personal o garantía hipotecaria.

- En Haití, se exige al notario que preste caución, la que queda especialmente afectada a garantizar las condenas pronunciadas a consecuencia del ejercicio de sus funciones. El notario está obligado a restablecer, dentro de los seis meses de la condena, el monto íntegro de la caución, bajo pena de considerarlo dimidente y reemplazarlo.

En México, el notario del Distrito Federal deberá obtener fianza del colegio a favor de la autoridad competente, para garantizar exclusivamente la responsabilidad profesional por la función notarial. Si el colegio, por causa justificada, no otorgara la fianza o la retirara, el notario deberá obtenerla de compañía legalmente autorizada.

En Puerto Rico, existe un Fondo Especial de la Fianza Notarial, para garantizar reclamaciones legítimas, financiar cursos, etc.<sup>180</sup>

En Canadá (Provincia de Quebec), la *Chambre de Notaires du Québec* creó en 1987 un Fondo para asegurar la responsabilidad de los notarios y evitar que éstos fueran cautivos de las aseguradoras privadas y no pudieran hacer frente a primas demasiado elevadas y a la vez impedir que por rehusar cobertura dichas compañías, se pusiera en peligro la protección del público.<sup>181</sup>

Con respecto a la situación en Uruguay, diremos que no hay previsiones legales en la materia, pero pueden contratarse voluntariamente seguros de responsabilidad civil por mala praxis o seguro de errores y omisiones.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> "...las legislaciones establecen reglas generales sobre la **responsabilidad civil** derivadas de acciones u omisiones en que exista culpa o negligencia y, de modo especial, las relativas a la responsabilidad civil de los profesionales liberales. Y hay por último, específicamente, en las legislaciones notariales, normas sobre la **responsabilidad disciplinaria**, esto es, las faltas que, por razón de culpa o negligencia inexcusable del notario causen un daño o perjuicio a sus clientes. ... algunas de esas normas...presentan una evidente analogía en cuanto a sus reglas básicas o generales, como son: -La obligación de reparar el daño causado. -La existencia de un seguro obligatorio a cargo del notario que cubra esas responsabilidades pecuniarias derivadas de reclamaciones por daños y perjuicios. -La atribución, bien a la Cámara de Notarios o Colegio Notarial, al Consejo Superior o Nacional o a los Tribunales, según la importancia de la falta, del conocimiento de las reclamaciones interpuestas por los clientes del notario..." (GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, AUGUSTO: La función del notario en la Unión Europea (Un estudio comparativo), Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pág. 33).

<sup>180</sup> La información sobre la legislación aplicable en los países citados, fue tomada del disco compacto *Digesto de Leyes Notariales*, preparado por ONPI, edición 2001.

<sup>181</sup> LAPORTE, MARC, "*L'évolution des mécanismes de protection du public*", en *Entracte*, vol. 6, N° 9, 15 de setiembre de 1997.

<sup>182</sup> La página *web* del Banco de Seguros del Estado, informa que el Banco, mediante el Seguro de Responsabilidad Civil ofrece cobertura al asegurado por los perjuicios que pueda ocasionar a otros. Existe una importante variedad ya que la póliza depende de la activi-

Ya adelantamos la posición contraria de la Asociación de Escribanos del Uruguay a un seguro obligatorio.

El conocimiento de las soluciones *lege lata*, unidas a las demás consideraciones previamente expuestas en este trabajo, nos sugieren algunas reflexiones.

## XI. REFLEXIONES EN PROCURA DE UNA SOLUCION TEÓRICAMENTE ACEPTABLE Y PRACTICAMENTE FACTIBLE

Cuando nos referimos a la seguridad jurídica, hicimos caudal de una expresión de KEMELMAJER, que ahora reiteramos: el grado de seguridad jurídica en cualquier país y en toda época, es raramente una cuestión de sí o de no. Es más bien, y en el mundo real, una *cuestión de más o de menos*.

En este momento, dentro de esa línea de pensamiento, la interrogante es: ¿puede el Notariado latino ofrecer para el futuro *más seguridad* que la que ha venido brindando tradicionalmente? La respuesta está dada por la siguiente apreciación: *La seguridad es completa, cuando el deudor toma sobre sí el riesgo del caso fortuito*.<sup>183</sup>

Esto significa que a la seguridad jurídica que deriva de la función notarial, podemos añadir la seguridad económica proveniente de mecanismos de resarcimiento de los daños provenientes de la incidencia de factores ajenos a la actuación del Escribano, imprevisibles para

---

dad del asegurado. Dentro de esta cobertura se ubican los Seguros de Mala Práctica Médica, de Responsabilidad Civil Profesional, muy extendido en nuestra plaza aunque no es el único que ofrece el BSE, ya que existen coberturas similares para otras actividades profesionales. A su vez, en su publicación periódica "Almanaque del Banco de Seguros", da cuenta de la existencia del Seguro de errores y omisiones: póliza de responsabilidad civil que protege contra pérdidas ocurridas por algún acto negligente, error u omisión en el ejercicio profesional, por parte del asegurado. (Almanaque 1999, Banco de Seguros del Estado, Montevideo, 1998, pág. 251, Glosario)

<sup>183</sup> "La <seguridad> es completa cuando el deudor toma sobre sí el riesgo del caso fortuito (art. 1552); pero entonces estamos fuera de la obligación de resultado y dentro de otra figura (la garantía, a la que también pertenece el seguro)" (GAMARRA, Responsabilidad contractual. II el juicio..., ob. cit., pág. 399). El citado art. 1552 del Código Civil uruguayo, dispone: "El deudor tiene que probar el caso fortuito que alega. Si se ha constituido responsable de todo caso fortuito o de alguno en particular, se observará lo pactado"

cualquier notario de diligencia media (sustitución de personas, documentación falsa, etc.). Podemos ir más allá, incluyendo también en esos mecanismos de resarcimiento, los casos en que hubiera mala praxis profesional.

Se puede apreciar que estamos hablando de mecanismos de resarcimiento en general y no específicamente de seguros. A efectos de concretar estos mecanismos, será necesario identificar y evaluar los riesgos, estimar los máximos probable y posible de pérdida y, en definitiva, aprender a manejar y a contener el riesgo.<sup>184</sup> Las soluciones podrían consistir en garantías personales o reales constituidas por cada notario, o en fondos de aportación obligatoria administrados por los respectivos Colegios o Asociaciones, o en seguros contratados individualmente o en forma colectiva.

Pensamos que, de ser posible, la mejor solución es la correspondiente a fondos administrados por los Colegios o Asociaciones, instituciones que, al contrario que las compañías aseguradoras, no tienen fines de lucro y al mismo tiempo, con una administración eficiente, abren la posibilidad del empleo de los saldos en beneficio de la profesión (investigaciones, actualización, etc.), aunque no se nos escapa la complejidad del tema.<sup>185</sup> Además, estos fondos pueden constituirse en instrumentos de incentivo para el buen comportamiento profesional y de desestímulo de las conductas inapropiadas, mediante la devolución, en el primer caso, al momento del retiro del ejercicio funcional, de lo aportado o la exigencia de reintegro del monto indemnizado, que el infractor deberá efectuar, mediando suspensión del ejercicio profesional hasta que no se produzca el correspondiente reembolso —así acontece en Costa Rica, según lo adelantáramos—.

Si se optara por el seguro, también son varias y muy importantes las circunstancias a considerar, ya que hay distintos tipos de seguros, proyectados sobre bases diferentes y diver-

<sup>184</sup> Véase MARIONA, FERNANDO G.: "Gerenciamiento de riesgos médico-legales en América Latina", en DERECHO MÉDICO, ob. cit., pág. 291 a 301.

<sup>185</sup> "Cualquier método de economía colectiva debe basarse en normas incondicionales, con la finalidad de alcanzar sus objetivos. Las más elementales son: 1) contar con la contribución pecuniaria de todos los participantes; 2) que el fondo sea de todos, sólo sería utilizado cuando fuese necesario; 3) seleccionar las causas que justifiquen el uso del fondo común; 4) compensar de la forma más satisfactoria a quien necesite de él" (VELOSO DE FRANCA, "Socialización del riesgo médico", cit., pág. 283).

samente abarcativos de los riesgos cubiertos<sup>186</sup> y también difieren las políticas de las compañías aseguradoras, puesto que, frente a las reclamaciones, algunas transan y otras no.<sup>187</sup> A

<sup>186</sup> LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M. ("Seguros de responsabilidad civil bajo condiciones <claims made>", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 19, Seguros - 1, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999), nos ilustra acerca de la existencia de seguros de indemnidad y seguros de reembolso, así como de seguros con base en ocurrencias y con base en reclamos (*claims made*). "Los seguros de responsabilidad civil los podríamos dividir en dos clases: los de <indemnidad o indemnización> y los de <reembolsos>. En los primeros, el asegurador se obliga a *mantener indemne a su asegurado*, en las condiciones y dentro de los límites de la cobertura convenida, por cuanto éste deba a un tercero a consecuencia de actos ilícitos o incumplimientos contractuales ocurridos en el plazo convenido. En los segundos, es decir en los seguros de "reembolsos", el asegurado primero *paga lo debido al tercero como monto de su pretensión y recién después obtiene de su asegurador el reembolso de lo pagado*, en las condiciones y dentro de los límites de la cobertura otorgada" (pág. 97). "Los seguros de responsabilidad civil de <indemnidad o indemnización> pueden ser contratados en base a <ocurrencias> o a <reclamos> —también conocidos como *claims made*—. En los de base "ocurrencias", el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por cuanto deba a un tercero a consecuencia de un hecho ocurrido durante el plazo previsto en la póliza —por supuesto, en las condiciones y límites establecidos de la misma—. En las coberturas de base reclamo o *claims made* en cambio, el asegurador indemniza al asegurado por cuanto éste deba a un tercero a consecuencia de un hecho ocurrido durante la vigencia de la póliza, *siempre y cuando dicho tercero haya formulado su reclamo durante el período convenido en la misma*. En una póliza de "ocurrencias" el asegurador asume las consecuencias de los reclamos de los terceros aunque éstos sean posteriores a la finalización de su vigencia, por supuesto en la medida en que ellos sean consecuencia de actos u omisiones del asegurado cometidos durante tal vigencia. En cambio en una *claims made*, concluida la vigencia de la póliza, ese riesgo pasa a recaer exclusivamente sobre el asegurado, si no se ha formulado un reclamo en el tiempo convenido. De la misma manera que en las pólizas de "indemnidad o indemnización", los contratos de seguros celebrados con la fórmula de "reembolsos", también pueden ser contratados bajo condiciones "ocurrencias" o *claims made*, según lo hayan convenido las partes" (pág. 99 y 100).

<sup>187</sup> APOTHELOZ, ARIEL: ("El seguro es un contrato muy técnico", en *II Jornadas de responsabilidad Médica*, ob. cit.), con relación al Banco de Seguros del Estado, expresa: "Tampoco nosotros transamos juicios, los llevamos hasta sus últimas consecuencias; respetamos el prestigio que entendemos está en juego cuando se demanda un médico, porque también ése es un riesgo que debemos defender" (pág. 194). Aclara también que el seguro de responsabilidad médica, es un seguro de indemnidad y que no existe acción directa, esto es, que el paciente, en la relación asegurado-asegurador, además de ser tercero, debe demandar al médico, a los efectos de que éste utilice su póliza (pág. 193). Entendemos que estas expresiones son también aplicables a los notarios.

todo esto, cabe agregar la elección de la compañía aseguradora, pues puede ser estatal o privada.<sup>188</sup>

Es un tema a dilucidar por las dirigencias del Notariado de cada país, la determinación de la forma de atender a las reparaciones, en función de las posibilidades y características que le sean propias, pero es, sin duda, una cuestión de atención urgente, en salvaguarda del buen nombre, de la dignidad y de la imagen de la institución notarial.

Una cuestión aparte y que ya hemos separado y diferenciado, es la relativa al *seguro de título* que, de admitirse, tendría que ser reducido a un ámbito mínimo, comprensivo de los casos en que en la cadena de transmisiones hubiera documentación falsa o irregularidades no imputables al Escribano. Este seguro, de concertarse, repararía el daño ocasionado al adquirente pero las primas debieran ser de cargo del enajenante, quien tiene el deber de responder por saneamiento, especialmente por evicción; si así se considerara, sería conveniente que la ley dispusiera tal obligatoriedad, sin perjuicio de que el adquirente también pudiera contratarlo pero, en este caso, de manera opcional. De cualquier manera, las partes deben ser adecuadamente informadas acerca del verdadero alcance de este seguro, que no da seguridades respecto de la propiedad (o sea que *no asegura el título*), sino que ofrece la oportunidad de recibir una compensación monetaria al daño ocasionado por la pérdida de tal derecho.

Sin perjuicio de lo que acabamos de exponer, no dejamos de tener en cuenta la preocupación por las consecuencias —ya enunciadas previamente y derivadas del pseudo-axioma *el seguro paga*— relativas a un eventual aumento de las inconductas profesionales o de las reclamaciones, o a una postura de la jurisprudencia que condene siempre al notario para que el damnificado cobre su indemnización con cargo al fondo o al seguro correspondientes. Estimamos que debe atenderse a estos riesgos

<sup>188</sup> VELOZ DE FRANCA ("Socialización del riesgo médico", ob. cit.), pone énfasis en que "estos seguros no pueden ni deben ser hechos por las compañías privadas. Deben, esto sí, convertirse en actividad de una institución estatal o bajo la responsabilidad de la propia clase médica... Nadie puede negar que el seguro en el ámbito privado abrió caminos peligrosos en el intrincado problema de la responsabilidad civil. Pues, además de las compañías privadas no cubrir todos los riesgos, habitualmente, presentan mucha resistencia para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones" (pág. 285).

—porque éstos también son riesgos, sólo que en este caso se concretan en perjuicios para el profesional o para la institución, en vez de para el público usuario de los servicios notariales— mediante la adopción de algunas medidas. Esas medidas, tienden a la prevención de la mala praxis —que es lo fundamental para la previsión y control de los riesgos<sup>189</sup>—, a desalentar a los usuarios en su vertiginoso afán de reclamaciones —con especial referencia a las demandas abusivas— y a mantener el equilibrio entre las partes en las decisiones de los magistrados. Sugerimos algunas:

- Optimizar el ejercicio profesional, por medio del incremento de la aptitud y de la actitud para el desempeño de la función, desde el pregrado —definición de un perfil universitario del Escribano y adecuación de los planes y programas de la carrera a dicho perfil, poniendo el acento en las exigencias éticas que le son consustanciales— y, posteriormente, en su calidad de graduado, estableciendo las herramientas necesarias para la permanente puesta al día en sus conocimientos científicos y técnicos y la renovación de su compromiso de preservar la confianza de la sociedad en la profesión.

- Concientizar al notario sobre la prioridad que en lo individual tiene la propia y personal calificación de su comportamiento, respecto de la calificación que otros hagan de él y la importancia de seguir su criterio de cumplimiento del deber. La doctrina señala claramente la apreciación que cada uno hace de si se está actuando bien o mal y la toma de conciencia acerca de si esa actuación fue o no correcta.<sup>190</sup>

Extremar el control de la conducta funcional, acentuando la severidad en la aplicación de las sanciones disciplinarias llegando, si es

necesario, a la más grave que, en el ordenamiento jurídico uruguayo, es la desinvestidura permanente, o, en las palabras de la ley, la *pérdida del oficio*.

Buscar el fortalecimiento de la relación notario-requirente, renovando la noción tradicional de *Escribano de confianza* —asimilable al concepto de médico de familia, que también se quiere rescatar en el ámbito de la Medicina—.

- Moderar el ansia litigante de los eventuales reclamantes, haciéndoles conocer que si tienen dudas o quejas sobre una actuación notarial, pueden recurrir a los Colegios o Asociaciones respectivas, formulando sus consultas y también sus denuncias y, de esta forma confirmar o rectificar sus propósitos de demanda.

- Establecer contactos interinstitucionales con los Colegios o Asociaciones de Abogados, con el propósito de pedir su colaboración para desestimular y condenar el planteamiento de demandas abusivas, lesivas del honor del profesional demandado.<sup>191</sup>

- Mantener reuniones, también de carácter interinstitucional, con el órgano superior del Poder Judicial —en Uruguay, Suprema Corte de

<sup>189</sup> ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO, "Prevención del daño", en Revista de Responsabilidad y Seguros, N°1, noviembre de 1996, pág. 82 a 97, pone énfasis en que "una concepción humanista del derecho nos debe llamar a la reflexión acerca de la importancia de la prevención por encima de lo que pueda ser una teoría perfecta sobre la reparación integral del daño causado y éste es un problema que no puede desoír todo aquel que esté preocupado por sus semejantes, el derecho y la justicia" (pág. 82 y 83).

<sup>190</sup> "...la culpa en sentido moral la experimenta el individuo con base en una autoimputación, mientras que la fijación de la culpa en sentido jurídico se produce por la vía de la heteroimputación" (LARENZ, ob. cit., pág. 104). "...si nos miramos internamente, uno sabe que se equivocó feo. Lo sabemos todos en cualquier profesión" (SZAFIR, Dora: Intervención en Mesa de comentaristas sobre el tema Seguros de responsabilidad médica, en DERECHO MÉDICO, ob. cit., pág. 309 y 310).

<sup>191</sup> PANETTA, intervención en las II Jornadas de Responsabilidad Médica, ob.cit., pág. 180, expresa que está empezando a haber una industria del juicio y añade: "Es obvio que no son todos los abogados los que están alentando esa industria, pero sí tenemos conocimiento de que hay ciertos profesionales que están en los centros de salud, en los consultorios, cuando se dan los partes a los familiares, buscando la posibilidad de entregar una tarjeta, consultas gratuitas, etcétera." En las mismas Jornadas, el médico ROBERTO PUIG, manifiesta que "la demanda abusiva es una perversión que utiliza la otra profesión que también deberá dar cuenta de su mala práctica" (PUIG, ROBERTO: "Una propuesta diferente", II Jornadas..., pág. 196). VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A., "Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad (la protección civil del honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad personal)", en Derecho de Daños 2°. Parte (Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas), ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 161 a 202, nos invita a que "pensemos en un caso en el cual se pueda hablar del ejercicio abusivo del derecho a demandar, o en el cual la demanda haya sido interpuesta en forma manifiestamente negligente" (pág. 200) y expresa que "en supuestos de esta naturaleza, creemos que la sentencia absolutoria o que rechaza la demanda, resulta insuficiente desde el punto de vista del demandado —víctima que ha visto lesionado su honor profesional—. ... Dicho daño resulta antijurídico y es imputable al autor a título de culpa ... Y en cuanto a los responsables, se puede hablar perfectamente de solidaridad entre el actor y su abogado patrocinante, quien debió o pudo conocer lo infundado del reclamo" (pág. 201 y 202).

Justicia— y con las Asociaciones de Magistrados, con el objetivo de procurar —parafraseando las expresiones del ex-Presidente de la Corporación, Dr. JUAN MARIÑO CHIARLONE, utilizadas con relación a los médicos— que las soluciones jurisprudenciales que se puedan dar de la multiplicidad de relaciones notario-requiere, sean el resultado de una precisa valoración de los diferentes rubros, a fin de llegar a un punto de equilibrio entre los derechos y obligaciones de unos y otros.<sup>192</sup> Si se pretende que en esas relaciones, el requirente es la parte débil, su protección no requiere necesariamente calificar como objetiva a la responsabilidad notarial —lo que, además, contradice normas expresas de la legislación nacional, según expusimos anteriormente—, sino que a favor de esa parte puede hacerse jugar la teoría de las pruebas dinámicas.<sup>193</sup> Para mejor proveer sobre la apre-

ciación de la conducta de los Escribanos, los jueces podrían pedir informe a los Colegios o Asociaciones profesionales.

- Difundir la incidencia de la función notarial en el mantenimiento de la seguridad jurídica y la paz social, destacando el carácter de jurista no controversial del Escribano y la improcedencia de que se lo considere o se lo asimile a los agentes económicos o financieros y se califique a su actividad profesional como ejercicio monopólico de la función (cuando, en puridad, esa función le ha sido atribuida por la ley, la que, por razones de interés general, ha establecido las condiciones para su desempeño).<sup>194</sup> Estas caracterizaciones —interesadas— desnaturalizan al agente y a su función y sólo sirven a los propósitos de quienes pretenden sustituir o eliminar al Notariado y obtener pin-

<sup>192</sup> MARIÑO CHIARLONE, JUAN: "Una muestra de madurez de quienes son responsables de proteger el sagrado derecho de la vida", en II Jornadas, ob. cit., pág. 14. La referencia del citado magistrado, fue a las "relaciones médico-paciente".

<sup>193</sup> Esta teoría, debida al argentino JORGE PEYRANO, atañe al desplazamiento de las cargas probatorias de actor a demandado o viceversa, según cual de ellas esté en mejores condiciones para aportar prueba. El actual Presidente de la Suprema Corte de Justicia, LESLIE VAN ROMPAEY, en su trabajo "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal Uruguayo", publicado en La Justicia Uruguay, tomo 111, año 1995, D- pág. 447 a 454, se ha manifestado a favor de "la admisión de la tesis en nuestro derecho, con sustento en un análisis sistemático y teleológico de las normas del C.G.P., que disciplinan las cargas de la afirmación y respuesta categóricas y que consagran expresamente los principios generales del proceso, especialmente los de probidad, lealtad y buena fe y el deber de veracidad de los actos procesales, que delinean la regla moral que, con recepción categórica en nuestro ordenamiento procesal, rige el debate judicial" (pág. 448) y, entre las aplicaciones prácticas de dicha teoría, se refiere a las situaciones de responsabilidad profesional, señalando que "sostiene Peyrano que el lanzamiento de su tesis dio la puntada inicial para el lanzamiento de una suerte de <revolución silenciosa> en los casos de responsabilidad civil médica, intentando lograr un alivio en la pesada carga de la prueba de la culpa, la que históricamente recayó sobre la cabeza del paciente" (pág. 452). También toma en cuenta la opinión de VESCOVI, quien hace caudal de lo dispuesto en el art. 139 del Código General del Proceso (pág. 452 y 453). El art. 139 del C.G.P. uruguayo, dispone: "Artículo 139. Carga de la prueba. 139.1. Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impositivos o extintivos de aquella pretensión. 139.2.

La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba".

<sup>194</sup> En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis aprobada el 20 de marzo de 2002, consignó expresamente que el notario no es un agente económico: "... el notario público es aquel funcionario investido de fe pública, que realiza como función primordial la de autenticar instrumentos en que se consignen actos y hechos jurídicos, esto es, se trata de un fedatario público que, con motivo de esa actividad, está facultado para exigir de los interesados los gastos que hubiere erogado y cobrar honorarios conforme al arancel correspondiente, pero sin que sus funciones deban considerarse compatibles, entre otras, con la de comerciante o agente de cambio y, por otro, que por agente económico, para los efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende aquella persona que participa de manera directa en la producción, distribución, intercambio y consumo de artículos necesarios, que inciden directamente en la estructura económica de un Estado y que, sin lugar a duda, persigue un lucro, se concluye que el citado funcionario, al ser un fedatario público, no realiza actos mercantiles o de comercio y, por ende, no es agente económico sujeto a la última ley citada." Ese mismo día, la Sala había también establecido que el objeto de la referida ley consiste "en proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, así como evitar los monopolios, las prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, que se presentan, por ejemplo, cuando dichas personas especulan con los artículos de consumo necesario, con el objeto de provocar el alza de sus precios, esto es, persiguiendo un lucro excesivo."

gües ganancias en el cambio, a costa de la estabilidad jurídica y social.<sup>195</sup>

En otro orden de ideas, tomando en cuenta la cuestión de la socialización de los riesgos a la que tanto se recurre para buscar un patrimonio responsable con el que se pueda indemnizar el daño sufrido, se nos ocurre que en un planteamiento realmente solidario, también debería socializarse el costo de los mecanismos de reparación. En ese sentido, tal vez podría ser de aplicación, con las adaptaciones del caso, la *teoría del esfuerzo compartido*, de tanta aceptación en la Argentina para las situaciones de pesificación de deudas contraídas en dólares, teoría ésta que propugna entre las partes el esfuerzo compartido por mantener el equilibrio contractual, fundándola en la equidad.<sup>196</sup> En el caso

que nos ocupa, podría pensarse en el esfuerzo compartido por profesional y requirente para afrontar los costos de las primas de los seguros o fondos destinados a cubrir daños que no tuvieran su origen en la conducta irregular del notario.

Para concretar soluciones, es menester analizar y trabajar sobre las distintas propuestas formuladas en las presentes Jornadas, debiendo proseguirse la tarea en los Colegios y Asociaciones notariales de cada país.

<sup>195</sup> FLÓREZ BARRÓN, ALBERTO, "El Seguro de Título en el Notariado Sajón", en Revista Notarius, N° 10, año 2000, pág. 17 y 18, cita el informe de la Unión Internacional del Notariado Latino publicado en el Boletín N° 8, correspondiente a noviembre de 1999, en el cual se hace referencia, con relación a la situación de la Provincia de Quebec (Canadá), a las maniobras de las compañías aseguradoras para insertarse en la plaza, que van desvalorizando y quitando importancia a la función notarial y que, aún a costa de sufrir algunas pérdidas, procuran ir creando en el público el hábito de contratar el seguro de título: "Aunque el asegurador sufre pérdida por cada documentación recopilada, es una buena inversión, vende un seguro de títulos y crea de esta manera la costumbre a que las partes exijan seguro de títulos. La consecuencia es que los notarios van a desaparecer completamente del mercado inmobiliario" (pág. 18).

<sup>196</sup> En Internet se difunden algunos fallos: - La Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora integrada por Norberto Horacio Basile y Rodolfo Miguel Tabernerero en los autos "*Miguel Oscar A. C/Barletta Vicente S/Cobro De Alquileres*", estimó que las circunstancias sobrevinientes "*exigen de ambos cocontratantes un sacrificio a los fines de que se exhiba una razonable paridad de las prestaciones*" y consideró que "la regla moral, la buena fe y las buenas costumbres, posibilitan que el órgano jurisdiccional encauce las obligaciones asumidas dentro de las pautas de razonabilidad, restableciendo el equilibrio del sinalagma del contrato para evitar que se configure una notoria quiebra de esos valores". - La Sala Cuarta integrada de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, el 14 de marzo de 2003, en los autos: "*Inversora Ladelar S.A. c. Broquetas, José Luis G.S. Ejecución hipotecaria*", recordó, refiriéndose a la tesis del esfuerzo compartido, que "parece compartir dicho criterio la doctrina puesto que claramente acepta la admisibilidad y, en su caso la procedencia de la pretensión distributiva del esfuerzo compartido sin condicionamiento alguno, aún sin previo o concomitante planteo de inconstitucionalidad del último régimen de emergencia económica ("Una

nueva pretensión: la distributiva del esfuerzo compartido. Comentarios procesales sobre el régimen de pesificación forzosa de obligaciones en moneda extranjera no vinculadas al sistema financiero", por JORGE W. PEYRANO, en "Efectos de la emergencia económica en las relaciones jurídicas", Obra colectiva editada por Nova Tesis, Bs. As. 2002, pág. 30). Asimismo, trajo a colación que "recientemente, la Sala "F" de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal in re "*Torrada Silvina y o. c. Oscar Dato Robinson SA s/Ejecución hipotecaria*" ha venido a aportar otro fundamentado pronunciamiento en pro de la tesis de que la pretensión distributiva del esfuerzo compartido está incluida en el contenido programático de la ley 25561 del decreto 214/02." Agregó que "corresponde dividir por mitades la suerte de <desgracia común>" y resolvió "Revocar la resolución alzada, haciendo lugar a la pretensión distributiva del esfuerzo compartido hecha valer por la quejosa; debiendo dividirse, por mitades y según fuera la realidad cambiaria existente a la fecha del efectivo pago, el desfasaje que pudiera existir entre la paridad "un dólar igual a un peso" y la paridad vigente por ese entonces." También DODDA, ZULMA A. en "Incidencia de la Economía en el Derecho", trabajo presentado a la III Jornada Notarial Rioplatense, celebrada en Montevideo, 28 y 29 de noviembre de 2003, pág. 30 y 31, consigna un caso, fallado el 18 de setiembre de 2002 por la Sala G de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, autos "*Baños Dávila, Elena A. c/Ibarrola de Parma, María del Pilar s/Ejecución hipotecaria*", la Cámara entendió que la deuda quedó pesificada y que era de aplicación la teoría del esfuerzo compartido. Los camaristas tomaron en cuenta que "en este mutuo hipotecario, las partes pactaron que la deudora devolvería el capital en dólares y que si ocurrían circunstancias extraordinarias pagaría la cantidad de pesos suficientes para adquirir Bonos en dólares. Asimismo la deudora reconocía que renunciaba a la <teoría de la imprevisión> o cualquier otro instituto que implique revisar lo pactado. Analizadas las circunstancias del caso, el esfuerzo compartido para mantener el equilibrio contractual reconoce su fundamento en la equidad, por lo tanto no puede tomarse al deudor moroso como si hubiera cumplido sus obligaciones en tiempo y forma y premiarlo con la licuación de la deuda sin tener en cuenta lo convenido sobre los riesgos"

Como última reflexión, no ignoremos el poder de los medios de comunicación (que en general nos resultan adversos, haciendo una difusión desmesurada de los casos de mala praxis notarial) y tratemos de utilizarlos en provecho del restablecimiento de la verdad en cuanto a la trascendencia social de nuestra profesión. En esto sí, sigamos los métodos de *concientización* empleados por las compañías aseguradoras para abrirse paso en los distintos mercados: debemos crear conciencia a nivel popular, de los riesgos emergentes de la minusvalidación de la función notarial.

Por fin, creemos llegado el momento de las conclusiones, las que también oficiarán como ponencias.

## XII. CONCLUSIONES A MODO DE PONENCIAS

1. La mundialización de la Economía y sus consecuencias, especialmente culturales (integrando al Derecho dentro del concepto de Cultura), han llevado a la interrelación aproximativa entre dos sistemas jurídicos, el latino o romano germánico (Derecho preventivo) y el anglosajón (Derecho administrador de los litigios), con una cada vez mayor influencia de este último propiciada por la posición de E.E.U.U. como la primera potencia mundial. Esta evidente sajonización debe ser resisitida en la medida en que afecte principios básicos de nuestra organización social e idiosincrasia nacional y se traduzca en una involución en materia de valores y de conceptos jurídicos. A esos efectos, debe procurarse la difusión de las condiciones históricas, estructurales, económicas y sociales que dieron origen a las diferencias esenciales existentes entre ambos sistemas jurídicos y al reconocimiento de instituciones también diferentes para garantizar la vigencia de los derechos de los ciudadanos (en forma concertada y dentro de la normalidad del Derecho —Notariado— o en forma coactiva y dentro de lo que es la patología del Derecho —la Judicatura—).

2. La función notarial latina por su naturaleza pública, su rica e inescindible configuración (asesora, formativa y autenticante) y su desempeño por un jurista imparcial y no controversial —el Escribano—, brinda seguridad jurídica plena, mientras que en el Derecho anglosajón —por carecerse de instrumentos públicos de Derecho Privado, de una figura como la del notario latino (cuya aptitud y competencia excede largamente a la del *notary public* y con el cual la similitud es meramente homonímica) y de una organización registral adecuada— sólo puede

aspirarse a una seguridad predominantemente económica, de finalidad indemnizatoria, atendida mediante el régimen de seguros.

3. Las normas del Código Civil en materia de responsabilidad, son aplicables a la notarial como a las demás profesiones (no hay un régimen especial, particular para la profesión) pero la circunstancia de que la Ley Orgánica Notarial se refiera en términos expresos a dicha responsabilidad, la modaliza y obliga a compatibilizar unas y otras disposiciones, de manera que se mantenga entre ellas la debida correspondencia y armonía. A virtud, en materia de responsabilidad notarial, no puede prescindirse de la valoración de la conducta del Escribano —en tanto la Ley Orgánica Notarial se refiere al buen o mal desempeño funcional— ni son de recibo las cláusulas o pactos de exención o atenuación de dicha responsabilidad —puesto que el Derecho Notarial es Derecho Público y, en consecuencia, sus normas son indisponibles para las partes, que se encuentran a su respecto en situación de subordinación—. Se entiende admisible que el profesional procure munirse de prueba escrita de que prestó el asesoramiento y consejo debidos (*consentimiento informado*) optando las partes por otras soluciones, quedando así también acreditada, en caso de reclamación, la causa extraña (*hecho del acreedor* al resultado) que obstó a la consecución del desenlace buscado.

4. La civil, es sólo un aspecto de la responsabilidad del notario, que es múltiple (civil, penal, tributaria y disciplinaria) y acumulativa, resultando de sus relaciones profesionales con el Estado y con los ciudadanos. La responsabilidad civil frente al requirente de sus servicios proviene de la relación formal que los vincula y que se concreta en el momento del requerimiento libremente formulado, el cual, no existiendo legítimo impedimento, debe ser admitido por el Escribano por imperio de la ley. La existencia de este vínculo, determina que esta responsabilidad civil sea de naturaleza contractual, mientras que la inexistencia de un vínculo jurídico previo con terceros eventualmente perjudicados, configura responsabilidad extracontractual. A su vez, la obligación legal de prestar sus servicios que recae sobre el Escribano, impide calificar como contrato a su relación con el requirente —por falta de un requisito esencial, como es el consentimiento libremente expresado— aunque no obsta a que dicha relación se rija por las normas correspondientes al arrendamiento de obra —figura que le es aplicable conforme a lo dispuesto por el Código Civil uruguayo—.

5. En atención a la complejidad de la función notarial, el Escribano asume obligaciones de resultado y obligaciones de medio pero, dada la preceptiva valoración de la conducta profesional que debe hacerse en sede de responsabilidad, cuando sus obligaciones son de resultado entran en la categoría de *obligaciones de resultado atenuadas*, por lo que siempre tendrá importancia que esa conducta se ajuste a la de un notario medio, idóneo, cuidadoso y diligente (*buen padre de familia*). Las obligaciones de resultado (atenuadas) del notario tienen que ver con el cumplimiento de las *formas requeridas* legal y reglamentariamente, siendo asimismo abarcativas de los aspectos atinentes a la competencia e imparcialidad del agente, a la reserva o secreto profesional, a los controles tributarios con base documental, a la redacción de los documentos en que intervenga —cuando sea propia y no proveniente de minuta o instrumentos ajenas—, a la presentación de los documentos en tiempo y forma a los Registros pertinentes —cuando así correspondiera y hubiera sido convenido expresa o tácitamente con los interesados— y a la conservación de los instrumentos matrices u otros confiados a su custodia. En general, en las demás circunstancias (asesoramiento, conocimiento de los otorgantes, valoración de la capacidad de éstos, estudios de antecedentes y títulos), habrá obligaciones de medio.

6. Un desempeño correcto de la función notarial latina brinda un alto grado de seguridad jurídica, que garantiza los derechos adquiridos mediando intervención del notario. Un sistema de seguro de título sólo garantiza que se compensará el daño (despojo de tales derechos) con una suma de dinero, de acuerdo con las condiciones de la póliza respectiva. En consecuencia, el Notariado Latino brinda *más seguridad*.

7. El desempeño incorrecto de la función o mala praxis notarial, determina perjuicios para los usuarios de estos servicios profesionales (quienes dejan de obtener el resultado esperado) y para el Notariado como institución (en la medida en que uno de sus integrantes desmereció la confianza debida a la profesión). En ambas situaciones, el daño se ve incrementado en caso de insolvencia del responsable, puesto que el reclamante no resulta compensado y ello acrecienta el deterioro de la imagen social de la institución. En la búsqueda de soluciones, aparece como preferible la organización de un fondo administrado por los Colegios o Asociaciones notariales antes que la contratación de empresas aseguradoras —entidades comerciales

con finalidad de lucro—, pues una administración eficiente de dicho fondo podría permitir no sólo el pago de la indemnización al reclamante sino también la financiación de actividades de investigación y actualización e incluso ser instrumentado de manera de servir de estímulo al buen profesional —devolviéndole su aporte, en el momento en que se retire del desempeño del oficio— y de desaliento al infractor —suspendiéndolo en el ejercicio funcional hasta que devuelva al fondo la suma utilizada para compensar el daño por él provocado—.

8. El seguro de mala praxis es sustancialmente diferente del seguro de título, puesto que aquél tiene que ver con riesgos futuros e inciertos, que se originarán si ocurre la mala actuación profesional, mientras que éste dice relación con riesgos ya existentes o sea defectos o fallas en la titulación; a la vez, las obligaciones en juego son imputables a distintos sujetos, ya que en tanto la primera clase de seguro tiene que ver con la obligación del notario de desempeñar bien y fielmente la profesión, el otro atiene al incumplimiento de la obligación de saneamiento por parte del enajenante. Podría existir acumulación de ambos seguros, si los defectos o fallas en los títulos eran patentes y susceptibles de ser advertidos por un Escribano con cuidado y diligencia medias.

9. La existencia de maniobras ilícitas de muy difícil y hasta imposible apreciación aún por un profesional extremadamente avisado y diligente, es un fenómeno real: asunción de una falsa identidad por alguno de los requirentes o sustitución de personas, utilización de documentos apócrifos tales como poderes ilegítimos, copias de escrituras carentes de matriz, pseudo tramitación de sucesiones, etc.. En estos casos, el notario queda cautivo de un procedimiento judicial que determinará su destino en función de la apreciación que el magistrado haga de su conducta, pudiendo la sentencia serle favorable o desfavorable. De aquí surge la necesidad de instrumentar mecanismos de protección que deberían solventarse mediante el *esfuerzo compartido* de profesional y requirentes para lograr una equitativa distribución de los riesgos.

10. Deben, asimismo, proyectarse medidas de prevención y administración de los riesgos, que contemplen:

a) el mejoramiento del ejercicio funcional —partiendo del período formativo del pregrado y prosiguiendo con la atención a una actualización permanente— y la constante renovación del compromiso ético del notario con su profesión y con la sociedad, debiendo asimismo profundizar los controles concernientes;

b) el redimensionamiento a límites de razonabilidad, de los reclamos por responsabilidad profesional, mediante el fortalecimiento de la relación notario-requiere y el retorno al concepto de *Escribano de confianza*, con la debida ilustración de los usuarios acerca de su posibilidad de dirigirse a los Colegios o Asociaciones notariales para consultar y resolver sus dudas en cuanto a la configuración de una mala praxis profesional y también para efectuar las denuncias que correspondan:

c) la colaboración de los Colegios o Asociaciones de Abogados a fin de lograr la desaparición o al menos una importante disminución de las demandas abusivas;

d) el relacionamiento con el Poder Judicial —con sus órganos máximos y con las Asociaciones de Magistrados— en procura de pronunciamientos judiciales que consideren el equilibrio que debe mediar en cuanto a los derechos de las partes involucradas, que no dejen de tener en cuenta la conducta profesional —para cuya evaluación pueden siempre contar con la colaboración de los Colegios o Asociaciones Notariales— y que en caso de aplicación del criterio *favor debilis*, recurran menos a la responsabilidad objetiva y más a la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

11. Deben difundirse ampliamente entre los integrantes de los Poderes Públicos y entre los ciudadanos, las bondades del sistema notarial latino y su incidencia en el mantenimiento de la paz y la seguridad jurídicas y la menor ocurrencia a los estrados judiciales, con el consiguiente ahorro de costos económicos y sociales y alertar a dichos interlocutores acerca de la involución que para nuestros ordenamientos jurídicos puede resultar de una sajonización indiscriminada y no suficientemente analizada. La adopción de mecanismos extranjeros o extranjerizantes, supone el estudio de sus verdaderos objetivos, de su real alcance y de su compatibilidad con las soluciones nacionales. En este sentido, si se considera que la seguridad que brinda el Notariado Latino y que es una seguridad propiamente jurídica —que garantiza la titularidad de los derechos en juego— se optimizaría complementándola —no sustituyéndola— mediante la concertación de instrumentos de seguridad económica, como los seguros, será menester acotarlos a la cobertura de riesgos no sólo posibles sino también probables, a una adecuada relación costo-beneficio medida no sólo desde el punto de vista del asegurador sino también del asegurado y, al mismo tiempo, vigilar que su inserción en el mercado siga los preceptos de lealtad comercial, evitan-

do la utilización de expresiones llamativas pero carentes de veracidad. Los notarios latinos podemos dar fe de que no es cierto, sino todo lo contrario, que *America is home to the most efficient land transfer system in the world*.

12. Corresponde a la Dirigencia del Notariado de cada país —con la asistencia de la Unión Internacional del Notariado Latino, si fuera necesario— la determinación de la forma de atender a las reparaciones, en consideración a las posibilidades y características propias y utilizar todos los medios a su alcance para defender a la Institución —que es una manera de defender al Derecho y a la seguridad jurídica— y crear conciencia a nivel gubernamental y popular, de los riesgos emergentes de la minusvalidación de la función notarial.

### XIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ACQUARONE, MARÍA T.: "Escribanos: carácter de la obligación de reparar", Revista del Notariado N° 849, 1997.

ALTERINI, ATILIO ANIBAL - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M.: "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano", Rev. La Ley, E-1989, pág. 847 a 854.

ALTERINI, JUAN MARTÍN: "La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 3, N° 2, marzo-abril de 2001 (visto en INTERNET).

APOTHELOZ, ARIEL: "El seguro es un contrato muy técnico", en II Jornadas de Responsabilidad Médica (1996), Sindicato Médico del Uruguay, Montevideo, 1998, ob. cit., pág. 191 a 194.

ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ - COPES, ADRIANA - ORIOL, JULIETA E. - LUCERO, JOAQUÍN F. - PLA, JOSÉ L. - VIDAL DÍAZ, JOSÉ A.: "Función notarial y responsabilidad", en Rev. Notarial N° 886, pág. 411 a 470 y N° 887 pág. 627 a 712.

ARRUNADA, BENITO: "El seguro de títulos de propiedad. Naturaleza y perspectivas de desarrollo en los Estados Unidos y en Europa" (Ponencia preparada para el XIII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral, Punta del Este, marzo de 2001. Versión preliminar sólo para discusión).

ATCHUGARRY, ALEJANDRO: Reunión con profesionales de la Medicina; en Noticias, setiembre de 1999, separata N° 100 (Sindicato Médico del Uruguay), en Internet.

BAILÓN GONZÁLEZ, MANUEL: "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de in-

muebles mediante documento privado. El seguro de título". XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1977, pág. 175 a 200.

**Banco de Seguros del Estado:** Página WEB y Almanaque año 1998.

**BARDALLO, JULIO R.:** Relaciones jurídicas notariales, Ed. Universidad de la República, División Publicaciones y Ediciones, [Montevideo], 1975.

**BELLO, GRACIELA:** "Responsabilidad civil derivada del fenómeno informático", Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, vol. 30, mayo de 1995, pág. 55 a 75.

**BERDAGUER, JAIME:** "La responsabilidad civil en la ley de relaciones de consumo", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXX.

**BERDAGUER, JAIME:** "Las obligaciones de resultado: situación actual y perspectivas futuras", en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, pág. 23 a 53.

**BRASCHI, AGUSTÍN:** Seguro de títulos (Disertación en la reunión de la Comisión de Asuntos Americanos de la U.I.N.L., Montevideo, noviembre de 2002.

**CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO:** "Las obligaciones de actividad y de resultado", José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993.

**CAFFERA, GERARDO y MARIÑO, ANDRÉS:** "La obligación de resultado un paradigma en crisis", en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXVIII, pág. 466 a 482.

**CAFFERA, GERARDO:** "Algunas perspectivas críticas de la categoría obligación de resultado", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 85, 1999, pág. 267 a 277.

**CAIVANO, RUBEN O,** en "La Responsabilidad Profesional de Escribanos", artículo visto en Internet.

**CAMPILLO S., ANTONIO G.:** "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título". XIV Congreso Internacional del Notariado Latino -Guatemala, 1977- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1977, pág. 131 a 174.

**CARNELUTTI, FRANCISCO:** "La figura jurídica del notario", Rev. Internacional del Notariado, año 1950, pág. 120 a 129.

**CASABÉ, ELEONORA, DODDA, ZULMA A. y ORELLO, JOSÉ MARÍA:** "Ponencia. Seguro de título", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001.

**CATALANI, CARLOS:** "Praxis médica: análisis comparativo del Mercosur"; Responsabilidad Médica News Nº 11 (difundido por Internet).

**CAUMONT, ARTURO:** Mesa redonda final sobre "Perspectivas de la responsabilidad médica hacia el siglo XXI", en DERECHO MÉDICO. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28-30 de septiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 364 a 367.

**CERVINI, RAÚL:** "La carga de conocimiento del cliente y la responsabilidad de los agentes financieros y profesionales", disertación en el Seminario sobre Lavado de Activos organizado por la Asociación de Escribanos del Uruguay y la Junta Nacional de Drogas, Montevideo, 3-4 de setiembre de 2001. Publicación A.E.U., Montevideo, 2001.

**COUTURE, EDUARDO J.:** Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1976.

**DODDA, ZULMA A.** en "Incidencia de la Economía en el Derecho", III Jornada Notarial Rioplatense, Montevideo, 28 y 29 de noviembre de 2003.

**FERNÁNDEZ ROUYET, ROMELIO D.:** "Documento auténtico registrado o seguro de título", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001.

**FLOREZ BARRÓN, ALBERTO:** "El Seguro de Título en el Notariado Sajón", en Revista Notarius, Nº 10, año 2000, pág. 17 y 18.

**GAMARRA, JORGE:** "Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad", en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XIII, 1982.

**GAMARRA, JORGE:** Responsabilidad civil médica 2, 1ra. Ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, mayo de 2001.

**GAMARRA, JORGE:** Responsabilidad contractual. II. El juicio de responsabilidad. 1ª. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.

**GELSI BIDART, ADOLFO:** "Espíritu del Código", en Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Ley 15.982, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989.

**GELSI BIDART, ADOLFO:** De derechos, deberes y garantías del Hombre común, 1ra. edición, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.

**GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, AUGUSTO:** La función del notario en la Unión Europea (Un estudio comparativo), Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.

HENÓN RISSO, JORGE: "La mediación. Ayudas metodológicas y reflexiones de la práctica", "JUS" (Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho) 2ª. Época, año VI N° 12, octubre de 1997.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: "La seguridad jurídica", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 31, N°s. 181 a 184, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 203 a 229.

KHUN, J.P.: Manual de la *responsabilité* notarial, Dalloz, París, 1962.

LAMBERT, JEAN y CASSIUS DE LINVAL, ROBERT: "Le secret professionnel à l'ère des communications électroniques", en *La Revue du Notariat*, vol. 99, Montreal, 1996, pág. 84 a 128.

LAPORTE, MARC, "L'évolution des mécanismes de protection du public", en *Entracte*, vol. 6, N° 9, 15 de setiembre de 1997.

LARENZ, KARL: Derecho justo: fundamentos de Ética jurídica (Traducción y presentación de Luis Diez-Picazzo), ed. Civitas, Madrid, 1ª. Edición, 1985.

LARRAUD, RUFINO: Curso de Derecho Notarial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966.

LED CAPAZ, JESÚS: Reflexiones que presenta el Notariado español al VI Seminario de los Países Americanos (República Dominicana, 4-6 de agosto de 1994).

LOLAS STEPKE, FERNANDO: "La Medicina en el entrecruce de Ética, Técnica y Política (Notas para análisis)", en DERECHO MÉDICO. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28-30 de setiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 131 y sig..

LÓPEZ FERNÁNDEZ, CARLOS: "Obligaciones de medios y de resultado", Revista de la Facultad de Derecho (de la Universidad de la República), N° 18, julio-diciembre de 2000.

LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M.: "Seguros de responsabilidad civil bajo condiciones <claims made>", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 19, Seguros 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

LOUREIRO RUSSO, NORMA y RANZETTI DOMÍNGUEZ, ANA MARÍA: "Garantía de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001.

MACKAY, JULIEN S.: "Les notaires latins et anglo-saxons, une étude historique et comparative", *Le Gnomon* N° 119, mayo-junio de 1999, pág. 15 a 22.

MARIÑO CHIARLONE, JUAN: "Una muestra de madurez de quienes son responsables de

proteger el sagrado derecho de la vida", en II Jornadas de Responsabilidad Médica (1996), Sindicato Médico del Uruguay, Montevideo, 1998., pág. 14.

MARIONA, FERNANDO G.: "Gerenciamiento de riesgos médico-legales en América Latina", en DERECHO MÉDICO. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28-30 de setiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 291 a 301.

MNOOKIN, R. y otros: Mediación. Una respuesta interdisciplinaria, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

MOLLA, ROQUE: "Avance o retroceso del ordenamiento jurídico", Ley y Sociedad, N° 2, 1988.

MOLLA, ROQUE: "Cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 77, 1971.

MOLLA, ROQUE: Los Profesionales y la Sociedad. Exposición en el Foro Nacional de Regulación del Ejercicio de las Profesiones, organizado por la Agrupación Universitaria del Uruguay <A.U.D.U.>, Montevideo, 4 de julio de 2003.

MOSSET ITURRASPE, JORGE: "Los profesionales", en Revista de Derecho de Daños, 8, Daños profesionales, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 7 a 36.

MOTEL, JACQUES: "Le contrat sous le sceau de l'Etat an droit romano-germanique et son absence dans les pays de Common-law. Causes historiques et culturelles", *Le Gnomon*, N° 110, setiembre/octubre de 1997, pág. 5 a 8.

MOUTEIRA GUERREIRO, JOSÉ AUGUSTO M. "As garantias dos direitos reais mediante o sistema de registro e o sistema de seguro", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001.

ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: "Prevención del daño", en Revista de Responsabilidad y Seguros, N°1, noviembre de 1996, pág. 82 a 97.

ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: Derecho del Consumo, Ed. del Foro, Montevideo, 2000.

ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: Responsabilidad civil del profesional liberal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.

PALLI, JOSÉ MANUEL: "El title insurance", XXIII Congreso Internacional de Derecho Registral [CINDER, Punta del Este, 2001].

PANETTA, ALBERTO: intervención sobre "El Seguro desde el punto de vista contractual", en las II Jornadas de Responsabilidad Médica

(1996), Sindicato Médico del Uruguay, Montevideo, 1998, pág. 179 a 184.

**PEIRANO FACIO, JORGE:** Responsabilidad extracontractual, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1954.

**PÉREZ MONTERO, HUGO:** Carta del 11 de junio de 1997, refutando afirmaciones hechas por el Ing. Agr. Daniel Gianola en la exposición que éste formulara sobre "Las estructuras académicas hacia el siglo XXI", en el Seminario sobre "Universidad, desarrollo y siglo XXI", Agrupación Universitaria del Uruguay, 1997.

**PRESSA, JORGE:** "El Banco de Seguros responde siempre", en: II Jornadas de Responsabilidad Médica (1996), Sindicato Médico del Uruguay, Montevideo, 1998, pág. 185 a 189.

**PRUNELL, J. ANTONIO:** "Responsabilidad civil del Escribano", en Cursillo de Conferencias 1959, Responsabilidad del Escribano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo.

**PRUNELL, J. ANTONIO:** "Responsabilidad civil del Escribano", Montevideo, 1947.

**PUIG, ROBERTO:** "Una propuesta diferente", II Jornadas..., pág. 185 a 197.

**RIBAS REBOLLO, MARÍA TERESA:** El secreto profesional; VI Jornada Notarial del Cono Sur, Punta del Este, 8 - 11 de marzo de 1990), ed. AEU, Montevideo, 1990.

**RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO:** "El notario: función pública, función privada. Su inescindibilidad", en Rev. Notarial N° 858, 1981.

**RODRÍGUEZ GUITIAN, ALMA MA.:** "El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales", Anuario de Derecho Civil, T. LIV, fasc. 2, abril-junio de 2001, pág. 681 a 751.

**ROMERO VIEITEZ, MANUEL A., FONT BOIX, VICENTE, OTERO PEÓN, MANUEL y VALLET DE GOTTISOLO, JUAN:** "Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título". XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977.

**RUIZ DE ERENCHUN, ALBERTO F.:** "Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y de seguro", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001.

**SALAS, OSCAR A.:** "Necesidad de un seguro oficial o privado para cubrir los riesgos inherentes a los sistemas de transmisión y registro inmobiliario de la América Latina" (Ponencia presentada al IX Encuentro Panamericano de Notarios, San José de Costa Rica, 18-22 de julio de 1976).

**SANTOS BELANDRO, RUBEN:** "La función notarial en la contratación y economía de mercado", trabajo presentado a la IX Jornada Notarial Iberoamericana, Lima, 11-14 de octubre de 2000, *diskette* 3.

**SAVRANSKY, MOISÉS JORGE:** Función y responsabilidad notarial. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

**SIRI GARCÍA, JULIA:** "Los derechos del consumidor. Su protección por los operadores jurídicos, con especial referencia a la función notarial", II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado "Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro", Montevideo, 16-18 de junio de 1994.

**SIRI GARCÍA, JULIA:** El Notariado en la Era de la Tecnología. La función notarial y los nuevos medios tecnológicos: en especial, el documento informático, Ed. Fundación de Cultura Universitaria - Facultad de Derecho Universidad de la República, Montevideo, febrero de 2001.

**SIRI GARCÍA, JULIA:** Ensayo sobre la responsabilidad notarial, Universidad de la República División Publicaciones y Ediciones, Montevideo, 1977 (Publicado también en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, T. 64).

**SIRI GARCÍA, JULIA:** La función notarial en la Economía de Mercado, VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, 4 - 7 de febrero de 1998.

**SIRI GARCÍA, JULIA:** La función notarial, función preventiva de litigios: El consejo y la mediación notariales como uno de sus instrumentos, XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Athenas, 2001), Tema I, Trabajos del Notariado uruguayo, Ed. Asociación de Escribanos del Uruguay, [Montevideo] agosto de 2001.

**SIRI GARCÍA, JULIA:** Notariado: ¿función pública o profesión liberal?, Comisión de Asuntos Americanos de la U.I.N.L., Tegucigalpa, 2002.

**STIGLITZ, RUBEN S.:** Caracteres jurídicos del contrato de seguro. Ed. Astrea, 1ra. reimp., Buenos Aires, 1987.

**SURACE, SUSANA MABEL y BALLINA BENITES, EMILIO E.:** "Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y de seguro", XIII Congreso Internacional de Derecho Registral (organizado por CINDER), Punta del Este, 19 a 23 de marzo de 2001.

**SZAFIR, DORA. VENTIRINI, BEATRIZ:** "Responsabilidad de los profesionales", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIX.

**SZAFIR, DORA:** Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17.250. 2ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, mayo de 2002.

**SZAFIR, DORA:** "Ley de relaciones de consumo y servicios médicos", I Simposio Ibero-

americano, IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica, I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28 a 30 de septiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 27 a 39.

SZAFIR, DORA: Intervención en Mesa de comentaristas sobre el tema Seguros de responsabilidad médica, en DERECHO MÉDICO. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28-30 de septiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 309 y 310.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., Responsabilidad civil de los profesionales - STIGLITZ, RUBÉN S., Caracteres jurídicos del contrato de seguro, 1ª. Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.: "Responsabilidad civil del Escribano Público", Revista Notarial N° 937, setiembre-diciembre de 2000.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.: "La responsabilidad civil de los profesionales", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 115.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.: "Las responsabilidades profesionales en la última década del siglo XX y la prospectiva para el siglo XXI", en Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación, Hammurabí, Buenos Aires, 2000, pág. 321-340.

**Unión Internacional del Notariado Latino** - Comisión de Asuntos Americanos: Actas de la reunión celebrada en Montevideo, 2001.

**Unión Internacional del Notariado Latino** - Comisión de Deontología: Cuadernos de Deontología Notarial, N° 1.

**Unión Internacional del Notariado Latino** - Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (ONPI): Digesto de Leyes Notariales, edición 2001 (Disco compacto).

**Unión Internacional del Notariado Latino**: *Le Notariat dans le monde*

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: "La seguridad jurídica en los negocios dispositivos", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, vol. 64, año 1978, pág. 237 a 270.

VAN ROMPAEY, LESLIE: "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal Uruguayo", La Justicia Uruguaya, tomo 111, año 1995, D- pág. 447 a 454.

VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO: "El denominador seguro de títulos. Ventajas e inconvenientes de su adopción en el Derecho español", en Revista de Derecho Notarial (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España) año XXIII N° XCI, 1976, pág. 221-375.

VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A.: "Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad (la protección civil del honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad

personal)", en Derecho de Daños 2ª. Parte (Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas), ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 161 a 202.

VÁZQUEZ PRADERI, LUIS ALBERTO: Vocabulario jurídico de uso frecuente, Montevideo, 2000.

VELOSO DE FRANCA, GENIVAL: "Socialización del seguro médico", en: DERECHO MÉDICO. I Simposio Iberoamericano. IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica. I Taller de Responsabilidad en Enfermería (Uruguay, 28-30 de septiembre de 2000), Ed. B de f, Buenos Aires, 2001, pág. 277 a 290.

VINEY, GENEVIÈVE - JOURDAN, PATRICE: *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª. ed., L.G.D.J., París, 1998.

VINEY, GENEVIÈVE: *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*, 2ª. Ed., L.G.D.J., París, 1995.

#### XIV. JURISPRUDENCIA CITADA

##### Uruguay

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 740.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XV, caso 703.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XVIII, caso 920.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 739.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXX, caso 741.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXI, caso 777.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, caso 705.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, caso 706.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXII, caso 706.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXXIII, caso 594.

Jurisprudencia ABADIE-SANTOS, caso 2553.

##### Argentina

Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora.

Sala cuarta integrada de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario.

Sala G de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

##### México

Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aprobada el 20 de marzo de 2002.