

CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO

I ASAMBLEA ORDINARIA 2009

Mendoza - 19 y 20 marzo de 2009

ESTUDIO DE TÍTULOS Y RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.

Disertante: Not. Carlos Marcelo D'ALESSIO

El tema de esta exposición ha sido tratado extensamente en la doctrina notarial. Pensamos, sin embargo, que es interesante volver a analizar la temática del estudio de títulos y su vinculación con la responsabilidad civil del notario a la luz de lo que la jurisprudencia viene diciendo sobre esta cuestión, ya que de nada vale que en los ámbitos notariales disertemos, escribamos y nos convenzamos de algunas posiciones si el resto de la doctrina calificada y los jueces piensan distinto que nosotros, sobre todo en temas de responsabilidad civil, donde van a ser ellos los que van a decidir si debemos responder o no.

El tema del estudio de títulos reviste importancia en nuestro sistema jurídico en cuanto la cadena de transmisiones que deben ser objeto del estudio será la que legitime a para disponer, ya que nuestro sistema notarial no es constitutivo. Todos tenemos claro que la ley registral 17801, en su artículo 4° de la ley 17.801 nos dice que la inscripción no convalida ningún título nulo ni subsana ningún defecto. Si nosotros tuviéramos un sistema diferente no estaríamos hablando de esto, pero no es lo que deseamos. Nuestro notariado se enorgullece de este principio que sostiene a rajatabla.

Si uno revisa la doctrina no va a encontrar ningún autor que no elogie la bondad de hacer un estudio de títulos.

Me permito citar a Roberto Martínez Ruiz quien afirma: *“El estudio de títulos constituye una práctica generalizada y de buena técnica notarial”*¹. Esta frase está tomada y ratificada por Atilio Alterini en su conocido trabajo sobre el tema².

El Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en una consulta publicada en la Revista del Notariado N° 724³, dice: *“El estudio de títulos es obvia exigencia de la actividad notarial responsable.”*

Estos ejemplos se repiten en toda la doctrina notarial.

Hasta la reforma de la ley 17.711, nuestro Código Civil establecía en el artículo 1051 que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre la base de un acto que pudiera ser declarado nulo o anulable, quedan sin efecto, y –dice especialmente el Código- esos bienes “pueden ser reclamados directamente de poseedor actual”. Es decir, en el régimen del artículo 1051 de Vélez Sarsfield al caerse el acto anulado se iban cayendo, como ocurre con los castillos de naipes, todos los actos posteriores. Por tanto el inmueble podía ser reclamado al último. En este sistema no se duda de la necesidad de estudiar acabadamente el título para advertir cualquier posible causal de nulidad.

Si bien aquí hablamos de nulidades, debemos tener en cuenta que el estudio de títulos tiende no sólo a detectar nulidades sino también cualquier otro antecedente que puedan originar una acción reivindicatoria. El ejemplo más común es el de las donaciones del artículo 3955 donde si bien no existe nulidad alguna puede generarse una acción de reducción que la citada norma califica de reivindicatoria.

¹ “La reforma del Código Civil y la Seguridad Jurídica” Rev. del Notariado No. 702 p. 1397

² “Estudio de Títulos”, La Ley 1981-B, p. 861

³ p 1262

El citado principio del artículo 1051 sufre una importante modificación cuando la ley 17.711 agrega la conocida frase según la cual se podrán reclamar al tercero los bienes transmitidos “*salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el título nulo o anulable*”.

A primera vista la solución parecería definitiva: ese tercero va a estar protegido por lo que, en la medida en que la adquisición sea a título oneroso y él tenga buena fe no le interesarán los antecedentes de su título. Por tanto el estudio carece de utilidad.

Ahora bien, ni bien se empieza a aplicar esta norma, la jurisprudencia dice que la protección de la última frase del art. 1051 no juega cuando las enajenaciones son por *non domino*, es decir, cuando el transmitente no ha otorgado ni siquiera un acto nulo o anulable, sino que no ha otorgado nada (es el caso, por ejemplo, de la escritura sin matricidad, en la que no existe acto jurídico alguno sino sólo una copia apócrifa que alguien fabricó, mandó a inscribir al Registro y puso en circulación). Para esa solución se recurre a la teoría de la inexistencia que diferencia los actos nulos y anulables de los inexistentes.

Por lo tanto, aquel muro que de alguna manera establecía el nuevo artículo 1051 tiene el primer boquete: la protección no es tanta ya que no cubre las transmisiones por *non domino*.

Por otra parte la doctrina y la jurisprudencia analizará los requisitos del artículo 1051, que se refiere a “adquirente a título oneroso” y “de buena fe”. El título oneroso, en principio, no ofrece dudas. Donde realmente se plantean las discusiones es en materia de buena fe. Acá debemos volver a lo que dijimos al principio: cuando hablamos de buena fe, no nos referimos a la “buena fe registral”, es decir, no hablamos de un señor cuya diligencia consistió en pedir un certificado del Registro y leerlo correctamente. Esto no alcanza, justamente en virtud del artículo 4° que citamos hace unos momentos.

¿Qué se le exige a ese adquirente? : buena fe diligencia. ¿Qué es la buena fe diligencia? No alcanza con que uno haya estado mirando hacia la derecha mientras la nulidad pasó por la izquierda. “Yo no me enteré”, puede decir alguien. “Le creemos que no se enteró...” –le pueden contestar- “...pero usted no miró para todos lados; usted no investigó suficientemente; usted no desarrolló todas aquellas acciones que le hubiesen permitido detectar el defecto que generó la nulidad”. Este es el concepto de buena fe creencia. Es un deber activo por parte del adquirente.

Aquí me voy a permitir citar un excelente artículo de Francisco Cerávolo⁴ que dice: “*La buena fe del tercer adquirente a la que se refiere la norma en cuestión no es ni puede ser estática ni meramente subjetiva, sino que ha de ir acompañada de una actuación diligente, cuidadosa, previsor, acorde con la naturaleza e importancia del negocio jurídico y los intereses en él comprometidos. En ese accionar asume papel preponderante la realización del estudio de títulos, pues él permitirá advertir la existencia de probables nulidades manifiestas.*”

En el ámbito jurisprudencial se afirma: “*No existe en nuestro derecho la llamada fe pública registral. Por ello, el escribano, como veremos luego, cumple plenamente su desempeño profesional si efectúa el estudio de títulos que asegure la bondad de la adquisición*”.⁵

Es decir que esa buena fe diligencia, esas acciones que debe cumplir el adquirente incluyen el estudio de títulos. Así lo sostiene el mismo Cerávolo, en el artículo citado: “*A nuestro entender, el estudio de títulos constituye el medio adecuado y único para la indagación de posibles vicios manifiestos, y tiene el alcance de una actividad trascendente para la meritación de la conducta del adquirente.*”

⁴ “El discutido artículo 1051 del Código Civil, en Revista Notarial No, 854, p.64.

⁵ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Morón, Sala II, publicado en Revista del Notariado 809 p.547.

Atilio Alterini ⁶señala: “*La certeza del adquirente configurativa de su buena fe solo puede derivar del estudio de títulos.*”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Compañía Financiera Universal c/Provincia de Santiago del Estero”⁷ dice: “El estudio de título de propiedad resulta necesario para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe creencia, que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho.”

Es decir que doctrina y jurisprudencia le endilga al adquirente la obligación de efectuar el estudio de títulos para que se configure su buena fe.

Llevando a la práctica esta interpretación nos vamos a encontrar con un buen señor, un chacarero de cualquiera de sus provincias, que un día decide comprarse una buena casa en el pueblo gracias a haber trabajado muchos años de sol a sol. Consigue la casa que le gusta, cierra el negocio, el artículo 1184 le impone la necesidad de que este contrato se instrumente por escritura pública y entonces tiene que ir a buscar un escribano. De los cuatro escribanos que hay en el pueblo elige el que a él le parece más caracterizado, al que fue el escribano de su padre y de su abuelo. Sabe que es un hombre de bien, no le cabe ninguna duda. Otorga la escritura, el escribano la autoriza, le cobra la factura, él se la paga, hasta de buen grado y el hombre comienza a vivir tranquilo en la casa.

Algún tiempo después recibe una demanda de reivindicación por la cual puede perder esa casa que él compró con todo sacrificio. Supongamos que es porque se descubre que en un antecedente de dominio; tres pasos para atrás, había una enajenación por *non domino*, se trataba de una escritura sin matricidad. Cuando él quiere esgrimir el artículo 1051, le responden que para ese caso no juega y le ordenan dejar su casa. Se tiene que llevar a su familia y volver a vivir a la chacra porque esta casa se la tiene que entregar a aquel *domino* al que se la quitaron a través de la maniobra.

Supongamos ahora que la acción no se funda en una enajenación por *non domino* -ustedes dirán que eso ocurre pocas veces- sino como consecuencia de un acto nulo o anulable. Resulta que el otro escribano del pueblo que había intervenido en la escritura antecedente, que también era un hombre honesto pero que al Código Civil lo miraba poco, había hecho una donación de un señor al hijo que su esposa tenía del primer matrimonio, porque no había leído bien el artículo 1807. O había hecho esa misma escritura de donación utilizando un poder general del donante, en vez de un poder específico como exige el mismo artículo 1807. ¿No hemos visto todos nosotros que esto ocurre con frecuencia? Sobre esta base viene después alguien, invoca la nulidad, y el señor pierde su casa por reivindicación. Él prueba la onerosidad, hizo todo bien: eligió la casa por un aviso en el diario, firmó boleto, pagó con cheque, escribió por el precio real, no simuló nada, pero le dicen “no, señor, su buena fe creencia no está cumplida porque usted no cumplió con su deber de realizar el estudio de títulos? “¿No cumplí con qué? .Pregúntele al escribano si lo hizo o no ”.

¿Nosotros podemos suponer que en este caso un juez va a decir que el poco diligente fue el chacarero y que va a liberar de responsabilidad al escribano? Creo que más allá de toda especulación doctrinaria, si nos ponemos una mano en el corazón vamos a tener claro que no se le puede pedir esa buena fe diligencia sólo al adquirente sin carga de responsabilidad a aquel que no cumplió esta tarea y que estaba obligado a asesorarlo directamente sobre las consecuencias que acarrea hacer o no estudio de títulos.

Cuando nosotros describimos nuestra función en cualquier curso de derecho notarial decimos que empieza recibiendo e interpretando la voluntad de las partes y que esto incluye el asesoramiento. Decimos, además, que además en esa etapa debemos ejercer el deber de prevenir y que éste consiste en hacerle conocer a la gente las consecuencias del acto que va a realizar, tanto las positivas como las negativas.

Seguimos con la configuración del documento. Esto incluye la calificación del acto y el juicio de legitimación. Este último incluye todos los actos previos: certificados registrales, estudio de títulos y la identificación de los otorgantes.

⁶ Op. Cit en nota 2

⁷ Fallos 306:2029

Estos conceptos nos deben servir de referencia: nosotros describimos nuestra función como abarcativa del asesoramiento y el control de legitimación. Del grado de cumplimiento de dicha función derivan diversos tipos de responsabilidad. Aquí nos vamos a referir específicamente a la responsabilidad civil, es decir a aquella que consiste en reparar el daño que hayamos podido causar a nuestro contratante o a un tercero.

¿Cómo juega en este contexto de la responsabilidad la omisión del estudio de títulos? Recordemos que tanto la doctrina de los civilistas y notarialistas como la jurisprudencia lo han valorado como una tarea fundamental.

Primera postura en esta materia: dado que no hay ninguna norma positiva que impóngale deber de efectuar el estudio de títulos esto no es obligatorio. Por lo que hemos visto la única ley provincial que impone el estudio de títulos es la de Mendoza (artículo 10 inciso 4 de la ley 3.058).

Esto permitirá sin duda excluir la responsabilidad disciplinaria pero ofrece sus dudas respecto de la civil.

La segunda posición sostiene que no es necesario que todos los deberes del notario estén consagrados en una norma positiva sino que existen obligaciones implícitas en la prestación de la función. ¿No integrará el estudio de títulos la tarea de asesoramiento y de legitimación, que como dijimos antes es una de las operaciones de ejercicio?. Se ha sostenido que no. Esta es la posición de la XVIII Jornada Notarial Argentina, realizada en Salta, en 1980, que específicamente dijo que no era una obligación funcional hacer el estudio de títulos.

Pero debemos advertir que el dictamen mayoritario de la Jornada de Salta comienza diciendo que el estudio de títulos no debe considerarse un elemento determinante para tipificar la buena fe del adquirente a que se refiere el artículo 1051. De ahí se puede derivar con facilidad que si la buena fe del adquirente no incluye hacer el estudio de títulos, el escribano no tiene obligación de hacerlo. Pero hemos visto recién que en los 29 años que transcurrieron después de esa jornada, los jueces dijeron exactamente lo contrario.

Si los jueces dicen que la buena fe del adquirente incluye hacer el estudio de títulos no podemos seguir sosteniendo que el escribano no tiene obligación de hacerlo. Esta evolución posterior amerita, a nuestro criterio, revisar la postura de esa Jornada.

Atilio Alterini ⁸ sostiene una posición un poco diferente y dice que el escribano debe realizarlo cuando le sea requerido concretamente, a menos que alguna legislación local lo imponga como deber notarial indeclinable. Pero después agrega: *“corresponde que el escribano prevenga al adquirente de la conveniencia e importancia de efectuar ese estudio”*. Esto ya es obligatorio. Con lo cual me da la impresión de que estamos en un juego de palabras. Según esta posición la obligación del escribano es decirle: mire, señor, debo asesorarlo y comunicarle que para que se configure su buena fe en los términos del artículo 1051 es necesario que se haga el estudio de título y que en caso de que no se realice en caso de que lo demanden por reivindicación puede perder su casa. Por supuesto que ese asesoramiento habrá que documentarlo de alguna manera para hacerlo valer cuando nos demanden por responsabilidad. Y así probaremos que asesorado que fue, ese señor optó por no hacerlo.

¿Qué diferencia tiene esto con que yo diga que la obligación de realizar estudio de títulos esta ínsita en la función notarial y que es el requirente quien me tiene que dispensar? Es decir entre que diga que me dispensó de la obligación de realizarlo o que pruebe que lo asesoré al respecto y que el optó por no hacerlo. Me da la sensación, repito, de que estamos diciendo lo mismo.

En otra posición Jorge Alterini ⁹ sostiene que la responsabilidad del escribano con sus requirentes es contractual y agrega *“El cumplimiento de este contrato supone el plexo de*

⁸ Trabajo citado en nota 2.

⁹ “Importancia del estudio de Títulos” en Gaceta del Notariado, No. 88 mayo-agosto de 1982.

obligaciones que nacen de la ley. El contrato con el notario genera para las partes diversas responsabilidades; dentro de las responsabilidades nacidas para el escribano están las que le impone la ley, por ello la responsabilidad es contractual legal, y entre esas responsabilidades legales, atadas a su responsabilidad contractual, está la de estudiar títulos”.

Avanzando en el grado de exigencia, Bueres ¹⁰ dice que *“el deber jurídico calificado del estudio de títulos se trata de una obligación funcional que deviene inexcusable para el profesional, sin que sea menester una norma legal expresa o una estipulación contractual”.*

Las I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil establecieron que: *“es deber inexcusable del escribano efectuar el estudio de título dirigido a la validez y eficacia del negocio que autoriza”.* Este dictamen lleva la firma de Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, Alberto Bueres y Carlos Parellada.

En este abanico de posturas, José María Orelle ¹¹ sostiene que se trata de una obligación *ex lege* implícita.

No podemos en Mendoza dejar de citar a Villalba Welsh ¹², que dice que *“la función notarial, tal como se la concibe en nuestro país, disminuiría su significación si su agente no procurara por todos los medios técnico jurídicos a su alcance obtener un opus inatacable. Esté o no fijado expresamente este deber del estudio de títulos el notario tiene la obligación de asumirlo so pena de desmerecer su calidad de jurista y específicamente de perito en la contratación”.*

En el caso *“Gonella c/ Portela”*¹³ se dijo que el estudio de títulos está comprendido en el ejercicio responsable de la función notarial. Elena Highton en el comentario al mismo fallo sostiene: *“Coincidimos con el juez en que la insuficiente labor del notario que mengua la óptima fides frente al verdadero propietario hace responsable a este profesional ante el subadquirente”.*

La Cámara Nacional Civil, Sala F ¹⁴ resolvió : *“no obstante no existir disposición legal que exija a los escribanos los estudios de títulos, la cantidad de problemas notariales suscitados indica la imprescindible necesidad de que dichos profesionales agoten los medios a su alcance para dar garantía de los actos que pasen ante su presencia”.*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ¹⁵ ha dicho : *“el escribano no había ajustado su proceder profesional a la diligencia que es dable exigir a un notario en tales casos, pues no había efectuado un verdadero estudio de títulos pese a figurar así en la factura de gastos, sino que se había limitado a tener a la vista el título antecedente”.*

Este es el panorama de posiciones respecto del tema. Creo que las citas de doctrina y jurisprudencia nos permiten suponer qué es lo que los jueces nos van a decir el día que tengan que juzgar nuestra responsabilidad.

Es verdad que en esta materia ustedes me pueden decir : *“Todo esto está muy bien pero el riesgo es mínimo, ¿ cuántas reivindicaciones hay?”* .Sin embargo cuando yo largo a circular un título que tiene un antecedente observable sin haber hecho estudio de títulos puede ocurrir que quien por el mismo adquirió no sufra ninguna reivindicación, pero transcurridos dos años quiera vender su inmueble o gravarlo con hipoteca. En esa oportunidad llega a una escribanía, en la que se hace el estudio de títulos y le dicen: *“Este título es observable y por tanto no se puede realizar la operación”.* Ese también es un daño por el cual va a poder demandar al escribano que autorizó su escritura.

¹⁰ Responsabilidad Civil del Escribano, Ed. Hammurabbi, Bs.As. 1984, p. 140.

¹¹ Responsabilidad del titular por los escribanos adscriptos en Responsabilidad por Danos en el Tercer Milenio, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, p. 642

¹² En Revista del Notariado No. 772, p. 873.

¹³ citado en nota 5

¹⁴ En LL 1980-D p. 209

¹⁵ En LL 1985 E, p. 43

Voy a citar un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I ¹⁶, que resume la posición que quiero sustentar: *“La responsabilidad que el Estado le ha encomendado al escribano público, como cristizador de la forma en la cual la ley quiere brindarle seguridad a la comunidad conduce necesariamente a exigir una mayor prudencia y precaución. Así, dado que las obligaciones que asume no tienen por qué ser expresas, pues pueden estar implícitamente establecidas en la ley o por la fuerza de la costumbre...”*

Sostengo que esta es una obligación que está implícita en el ejercicio de nuestra función, y les pediría que pensáramos un minuto en la siguiente situación: los deudos van a reclamarle al médico por la mala praxis que originó la muerte de su familiar, y el médico les contesta: “A mí nadie me pidió que le hiciera el examen prequirúrgico antes de operarlo; esto no está escrito en ninguna ley. ¿Ustedes vieron alguna ley que diga que los médicos anestesiistas tienen que hacer un estudio prequirúrgico antes de anestesiarse a la gente? No; es un tema de buena práctica. Es verdad que la gente habitualmente no se muere en estos casos, entonces ¿para qué lo vamos a hacer? Es un gasto innecesario.”

¿Un médico podrá eximirse de su responsabilidad diciendo “nadie me pidió el examen prequirúrgico”? Hasta parece absurdo. Creo que lo mismo tiene que ocurrir en nuestra profesión. Esto viene a demostrar que hay deberes que hacen al buen ejercicio de la función.

Vayamos un poco al Código Civil y veamos la definición de culpa –que todos conocemos- del artículo 512: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”

Cuando analizamos la naturaleza de la obligación del escribano, pensemos en todas las opiniones doctrinarias que leímos de distintos ambientes, aun de los más destacados notarialistas y de nuestros propios Colegios, a través de sus órganos, que dicen que el estudio de títulos es una práctica que hace al buen ejercicio de la función notarial. ¿Esto no hará que a la hora de graduar nuestra culpa de acuerdo con la naturaleza de la obligación se incluya en deber de efectuar el estudio de títulos?

El artículo se refiere a las “circunstancias de las personas.” El artículo 902 del Código Civil establece: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.” De ahí se deriva que cuando hay una mayor posibilidad de prever, esto engendra una responsabilidad más grave.

¿Podemos decir nosotros que no tenemos los conocimientos necesarios para poder tener una mayor posibilidad de prever que la que tuvo el chacarero que está perdiendo su casa? La jurisprudencia aplica normalmente estos principios del artículo 902 para graduar la calificación del hecho, de acuerdo con la obligación que tenemos, según el mayor conocimiento de las cosas. Y no creo que el notariado esté dispuesto a decir que nosotros no tenemos un mayor conocimiento de esta materia.

El artículo 909 del Código Civil establece: “Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes.”

¿Estamos dispuestos a sostener que en la relación entre el notario y sus requirentes no se ha tomado en cuenta la condición especial del agente, cuando estamos ejerciendo una función que es delegada por el Estado, en la que la persona tiene que elegir a su escribano de un número limitado que el Estado le ha puesto a su disposición?

¿La responsabilidad es contractual o extracontractual? No cabe duda de que la responsabilidad del escribano es de carácter contractual respecto de ambas partes en la escritura. Pero es extracontractual respecto de terceros. Tengámoslo en cuenta para cuando

¹⁶ En LL 1998-B, p. 19

hablemos de la dispensa del estudio de títulos ya que alguien me puede dispensar de la responsabilidad contractual respecto de él, pero no de la extracontractual respecto de terceros.

Como síntesis, creemos que frente al adquirente el escribano asume la responsabilidad de realizar estudio de títulos, salvo que habiendo sido debidamente asesorado –quiere decir, mediante actividad positiva y completa del escribano- de las consecuencias de la omisión del estudio de títulos aquel opte por no realizarlo.

Si se instrumenta una eximición de responsabilidad ésta deber realizarse fuera del cuerpo e la escritura, en un documento aparte que no puede ser un papel más de los que el requirente firma en la escribanía.

En esta materia a la hora de valorar esa eximición generada en una relación profesional-cliente se tendrá en cuenta el desequilibrio contractual entre quien es experto en la materia y el requirente que es en definitiva es el consumidor del servicio. Por lo cual creo que en materia de dispensa de responsabilidad hay que aplicar las normas del consentimiento informado, tan desarrollado en materia de responsabilidad médica. Tenemos que redactar documentos donde queden claras cuáles son las consecuencias de la omisión de aquello a lo que este señor está renunciando.

Concluyo entonces que la realización del estudio de títulos es una obligación implícita en el ejercicio de la función y hace a la legitimación. Por tanto, este estudio integra la prestación del servicio notarial.

Creo que debemos ejercer un deber activo de asesorar respecto de su necesidad y de los efectos de su emisión. El adquirente puede optar por no realizarlo. Para ello debe ser informado con amplitud. Esa renuncia no exime de una eventual responsabilidad extracontractual frente a terceros perjudicados.