

IX Encuentro Internacional del Notariado Americano

“El Seguro de Título: Su Insuficiencia como medio para acceder a la Seguridad Jurídica”

Por

Marcelo W. Miranda

Coordinador Internacional

PLAN DE TRABAJO

Generalidades

No es usual que en un congreso notarial se aborden temas de Derecho Comparado a efecto de poner de relieve las bondades del instrumento notarial de tipo latino. Ello ha determinado que el presente plan de trabajo presente algunas peculiaridades.

Así, el mismo contiene no sólo un listado de las materias cuyo estudio el tema sugiere, sino que —dada su novedad— también presenta una brevísima profundización de cada una de aquellas y una referencia a la bibliografía más adecuada para su tratamiento. Se pretende con ello, brindar una orientación básica a quienes trabajen en este tema,

Corresponde finalmente expresar que no ha existido ni en la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino ni en quienes han abordado el estudio crítico del sistema estadounidense de transmisión y constitución de derechos reales, ninguna animosidad respecto del mundo jurídico anglo-sajón. Al contrario, los resultados de un estudio comparativo y crítico podrían resultar de utilidad para la doctrina estadounidense que se muestra un tanto alarmada en punto a los problemas existentes en materia de seguridad jurídica en la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios.

Resultaría altamente deseable, por fin, que el mundo jurídico anglo-sajón se interese favorablemente en la función notarial de tipo latino.

Introducción

En los países en que rige el derecho genéricamente denominado anglo-sajón, la *transmisión y constitución de derechos reales* se opera por instrumento privado y sin intervención forzada (legalmente impuesta) de un *profesional del derecho*. Por oposición, en los sistemas jurídicos de sustrato romano, los negocios jurídicos inmobiliarios se instrumentan en escritura pública. Con ello, no sólo el instrumento adquiere autenticidad y fecha cierta, sino que, al intervenir forzosamente un profesional del derecho (el notario) que asume su autoría y es responsable de su redacción, se asegura igualmente la validez intrínseca del negocio jurídico contenido en el instrumento.

Expuesta la diferencia fundamental entre ambos sistemas, resulta explicable que en ciertos países integrados en el mundo jurídico anglo-sajón se hayan evidenciado graves problemas en punto a la seguridad jurídica.

La admisión de negocios jurídicos inmobiliarios documentados en instrumento privado y sin intervención de jurista, determina la posibilidad de vicios que se sancionan con nulidad, lo que afecta seriamente la seguridad jurídica que debe imperar en el tráfico negocial inmobiliario en razón de la trascendencia socio-económica de los bienes.

El problema señalado, generó la necesidad de encontrar paliativos para esta situación, siendo así que surge en el ámbito del derecho anglo-sajón, particularmente en Estados Unidos (pues se le desconoce en Gran Bretaña), *el seguro de título*.

Tradicionalmente, se han *utilizado en Estados Unidos dos “métodos de protección de título”* (“methods of title protection”), expresión que tomamos de la doctrina estadounidense para denominar los medios de producción de prueba sobre la calidad de un título.

Estos métodos son: (a) *“abstract and opinion”*: consistente en una relación cronológicamente ordenada de los antecedentes dominiales hasta la primitiva adjudicación en propiedad por la Corona Británica o el Gobierno de los Estados Unidos (el “abstract” propiamente dicho), que se complementa con el dictamen de un abogado sobre la

calidad del título (“opinion”). (b) “*Certificate of title*”: que se limita a una certificación de abogado sobre la calidad del título.

Claro está que ninguno de estos dos “métodos” proporciona seguridad jurídica en cuanto se limitan a poner de relieve los vicios que se pudiesen descubrir a través de búsquedas realizadas en registros y archivos públicos.

Con ellos no se evita la existencia de vicios sino que tan sólo se pretende descubrir los existentes. Ello, en la medida que sea posible en cuanto ciertos vicios (por ejemplo la incapacidad o la falsedad) no se evidencian en los documentos registrados o archivados.

Estas falencias de los “métodos” tradicionales determinaron el surgimiento del seguro de título. Pero si la búsqueda de medios aptos para satisfacer las aspiraciones de seguridad de los contratantes se hubiese orientado hacia el estudio comparativo de los sistemas jurídicos de sustrato romano, bien pronto se habría advertido que la definitiva solución para el problema radicaba en la instrumentación pública de los negocios jurídicos inmobiliarios y por ende, en la intervención forzada de un profesional del derecho.

Pero el desconocimiento del mundo jurídico latino (a pesar de que el Estado de Louisiana se mantiene fiel a sus preceptos) determinó que se recurriese a una institución jurídica ya conocida en el derecho estadounidense y se la pretendiese adaptar para propósitos para los cuales no fuera originariamente concebida.

El seguro de título (“title insurance”) es un contrato por el cual una de las partes (empresa aseguradora) se obliga, mediante el pago de cierta prima, a indemnizar a la otra (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 inherentes al mismo.¹

Podemos percibir ahora el claro contraste entre las instituciones jurídicas que hemos analizado: (a) los “métodos” tradicionales de “protección de título” que se limitan a poner de relieve los vicios existentes; (b) el seguro de título que confiere al adquirente el dere-

cho eventual a una indemnización en moneda en caso de evicción y (c) el instrumento notarial, único que impide la existencia de vicios en cuanto se trata de documento auténtico y redactado por profesional del derecho responsable.

Esta especie de seguro no es, en sí misma, disvaliosa. Pero debe ser categóricamente rechazada en cuanto sea promovida como medio para desplazar y luego reemplazar la intervención notarial de tipo latino en los negocios jurídicos inmobiliarios o para suplir su ausencia en aquellos sistemas que, como el estadounidense, le desconocen.

Pues con el seguro de título se podrá acceder a cierta “seguridad patrimonial” (bien relativa en tiempos de inflación) más nunca se podrá acceder a la seguridad jurídica ya que en caso de evicción, en manera alguna puede un contrato de seguro evitar que el adquirente de un derecho real inmobiliario sea despojado por un tercero reivindicante titular de mejor derecho.

Por otro lado, si bien la especie bajo examen no es disvaliosa en la medida en que no sea utilizada para los propósitos apuntados, resulta innecesaria e inútil en los sistemas jurídicos en que se exige la intervención notarial de tipo latino, en cuanto en estos sistemas no se presentan problemas en punto a seguridad.

Por ello, ya sea que se pretenda imponer el seguro de título para reemplazar o suplir el instrumento notarial (en este caso merece el calificativo de “disvalioso”) o que se lo pretenda imponer paralelamente a la función notarial de tipo latino (en este caso debemos calificarlo de “innecesario e inútil”) es menester su categórico rechazo y para que el mismo cuente con los fundamentos jurídicos necesarios, resulta indispensable profundizar su estudio crítico.

Este estudio crítico debe realizarse desde tres puntos de vista diferentes pero complementarios: (I) insuficiencia del seguro de título como medio para proporcionar seguridad jurídica; (II) falencias del seguro de título aún como medio para proporcionar “seguridad patrimonial” y (III) deformaciones que la utilización del seguro de título determina en el tráfico negocial inmobiliario.

(I)

Insuficiencia del seguro de título como medio para proporcionar seguridad jurídica

Ya se ha esbozado en la introducción la crítica, la que además surge con claridad de la comparación de los efectos del seguro de título con los efectos del instrumento notarial. Se concreta el planteo en la afirmación de que el seguro de título puede conferir tan sólo “seguridad patrimonial”.²

Con esta expresión hacemos referencia a la “seguridad” que a un contratante puede conferir la obligación eventual de una empresa aseguradora de pagar una indemnización en dinero en caso de pérdida o restricción del ejercicio de un derecho real inmobiliario.³

Si un contrato de seguro en manera alguna puede evitar los efectos jurídicos de una evicción, lejos está la institución bajo examen de satisfacer los requerimientos de los adquirentes de derechos reales inmobiliarios. Estos pretenden permanecer en la titularidad del derecho y el seguro de título no puede conferirles seguridad a ese respecto.

Sobre estas líneas corresponde desarrollar este aspecto del tema, insistiendo además en la comparación con los efectos de la intervención notarial de tipo latino.

(II)

Falencias del seguro de título aún como medio para proporcionar “seguridad patrimonial”.

Es necesario examinar en este punto la estructura jurídica del seguro de título y por ende, del contrato respectivo, haciendo especial referencia a las obligaciones que del mismo surgen para las partes.

Facilita la tarea la circunstancia de que se utilicen en los Estados Unidos formularios uniformes de pólizas que han sido elaborados por la American Land Title Association (A.L.T.A.). En la actualidad se emplean: para los adquirentes de dominio el “Owner’s Policy - 1970” y para los titulares de un derecho real de garantía (“mortgage”)

el "Loan Policy - 1970".⁴ Se acompañan al presente fotocopias de ambas.

En este capítulo del plan de trabajo sugerimos el estudio crítico de los siguientes aspectos.

(a) *Exclusiones de la cobertura* ("excusions from coverage"). La póliza contiene referencia a una serie de riesgos que quedan excluidos expresamente de la cobertura por convención de partes.⁵

Así, por ejemplo, en el punto 1 * se expresa que la empresa no está obligada a pagar indemnización en caso de privación del derecho o restricción a las facultades de disposición, uso y goce, cuando la privación o restricción resulte de "ley, ordenanza o regulación gubernamental" (lógicamente, vigente a la fecha de emisión de la póliza).

Es este un caso típico en que el seguro de título no satisface ni siquiera los requerimientos de "seguridad patrimonial" del adquirente. Por el contrario, la intervención de un notario de tipo latino hubiere evitado el perjuicio en cuanto en su calidad de profesional del derecho debe conocer el ordenamiento legal y hubiere puesto en conocimiento del adquirente la existencia de una norma susceptible de producir la referida privación o restricción.

(b) *Obligaciones que contrae el asegurado y sanciones por incumplimiento*. En sus "Condiciones y Estipulaciones", la póliza determina con minuciosidad las obligaciones asumidas por el asegurado (aparte del pago de la prima). El incumplimiento de estas obligaciones determina la caducidad de la póliza o sea la resolución del contrato y el definitivo desamparo del adquirente que no podrá recuperar siquiera la prima abonada.

Para ejemplificar, nos referimos al punto 3, párrafo (b). Por él se conviene que el asegurado "se obliga a notificar a la empresa, prontamente y por escrito" no sólo en caso de ser notificado de una

* Las referencias a pólizas están tomadas del formulario de la "Owner's Policy - 1970".

acción judicial adversa a su título, sino cuando por cualquier medio tome conocimiento de cualquier “reclamación” (no necesariamente judicial) adversa a su derecho.

Corresponde entonces el examen de la póliza a efectos de señalar las causales de caducidad que la misma contiene y que importan, en definitiva, la posibilidad de que el asegurado pierda incluso la relativa “seguridad patrimonial” derivada del seguro de título.

(c) *Derechos de la empresa aseguradora en referencia a su intervención en procesos judiciales relativos al título asegurado.* El riesgo asegurado en esta especie de seguro, es, concretamente, la evicción. La misma tiene lugar cuando el adquirente de un derecho real es privado en todo o en parte del mismo o es turbado en el ejercicio de las facultades derivadas de su titularidad, siempre y cuando esa privación o turbación tenga fundamento jurídico, lo que supone exteriorización judicial.

La jurisprudencia de Estados Unidos expresamente ha resuelto que el riesgo asegurado en el seguro de título es “el vicio o los vicios de que pueda adolecer el título del enajenante”.

Desde este punto de vista, resultaría coherente que en las pólizas se convenga en que el vicio debe determinarse judicialmente.

En los párrafos (a), (c), (d) y (e) del punto 3., se conviene en que la empresa aseguradora asuma la representación del asegurado en juicio petitorio fundado en acción adversa a su derecho, pudiendo incluso interponer acciones judiciales tendientes a determinar la calidad del título.⁶

Ello plantea desde ya el problema de la posible (casi cierta) prolongación del proceso judicial y correlativamente, del término de tiempo bastante prolongado que el asegurado deberá esperar antes de percibir la indemnización. Esta inquietud se agudiza en tiempos de pérdida de valor adquisitivo de la moneda en cuanto la empresa queda obligada a pagar —como máximo— el monto convenido y expresado en la póliza sin que quede posibilidad de efectuar reclamos de reajuste o actualización.⁷

Pero lo realmente grave es que conforme el párrafo (d), la em-

presa queda facultada para apelar toda resolución judicial adversa hasta agotar las instancias. Ello se complementa con el punto 7. que indica que la empresa no será responsable por el pago de la indemnización cuando exista litigio, hasta tanto no se hayan agotado todas las instancias judiciales (incluso por vía de apelación).

Conviene insistir en estos aspectos susceptibles de frustrar la posibilidad de que el asegurado, por vía de la indemnización, recupere el importe invertido en la adquisición del derecho perdido.

(III)

Deformaciones que la utilización del seguro de título determina en el tráfico negocial inmobiliario.

A más de la esencial deformación que importa pretender reemplazar la seguridad jurídica que debe imperar en el tráfico negocial inmobiliario por una eventual “seguridad patrimonial”, existen otros efectos “patológicos” derivados de la utilización de la especie bajo análisis.

Se ha señalado que en los países integrados en el mundo jurídico anglo-sajón se admite la instrumentación privada de negocios jurídicos inmobiliarios, lo que importa prescindir de la intervención de un profesional del derecho.

Este importante vacío jurídico ha sido provechosamente utilizado por las empresas aseguradoras para ofrecer también sus servicios en lo referente a la redacción de estos contratos. Sus empleados, entonces, no sólo realizan las tareas específicas de una empresa de seguros sino que también redactan contratos de compra-venta y de constitución de “mortgages”.⁸

Claro está que el término “redactar” se emplea aquí con cierta generosidad pues, en realidad, la tarea de estos empleados se limita al llenado de formularios previamente impresos, lo que impide entonces que se preste un adecuado asesoramiento legal a las partes.⁹

En algunos casos se recurre a los servicios de abogados “afiliados” a la empresa aseguradora (“affiliated attorneys”) pero su

intervención se dirige a la individualización de posibles vicios existentes en el título a efectos de excluirlos como riesgos asegurables y no al asesoramiento de las partes. Ello lleva a parte de la doctrina estadounidense a afirmar que la manera de operar de las empresas aseguradoras importa un “engaño implícito” ya que el público contrata el seguro en la convicción de que así adquiere un título perfecto cuando en realidad sólo adquiere el derecho eventual a una indemnización en dinero.¹⁰

La “American Bar Association” combate esta intervención de las empresas aseguradoras en materia de redacción de negocios jurídicos inmobiliarios a través de su comité especializado en erradicar el ejercicio ilegal de la profesión de abogado.¹¹

Pero aún la concepción tradicional del seguro de título comienza ya a deformarse con el surgimiento de lo que la doctrina estadounidense denomina el “casualty insurance” (seguro de título fundamentado en el cálculo de probabilidades).

Los autores partidarios del seguro de título indican que como la emisión de la póliza supone un previo estudio del título a efectos de determinar los vicios existentes y que deben excluirse de la cobertura, ello confiere al adquirente y asegurado la posibilidad de sanear dichos vicios.¹²

Corresponde aquí objetar que entonces, el seguro de título cumpliría la misma función que los métodos tradicionales ya examinados con el sólo agregado de la eventual indemnización en dinero.

Por el contrario, el seguro de título fundado en el cálculo de probabilidades prescinde del previo estudio de título y determina la prima en base a cálculos estadísticos de surgimiento de vicios. Se pretende con ello acelerar la emisión de la póliza y disminuir el costo del seguro a efectos de competir con empresas que han adoptado el sistema tradicional. La doctrina estadounidense advierte con alarma la existencia de esta especie de seguro de título.¹³

Referencias y notas

Tal como se señala más arriba, se acompañan al presente foto-

copias de los formularios uniformes de pólizas utilizados en los Estados Unidos. A más de ello, se adjuntan igualmente fotocopias de tres trabajos fundamentales en la materia: "Title Insurance" por Q. Johnstone, "Title assurance: a new approach to unauthorized practice" por S. Balbach y "Title assurance companies and the practice of law" por P. Hamner. El primero de ellos es considerado el trabajo básico en materia de seguro de título y contiene información fundamental respecto de la estructura jurídica de la institución. Los otros dos son francamente críticos y el último de los citados ha impreso en "separata" para su distribución por el comité especializado en combatir el ejercicio ilegal de la profesión de abogado de la "American Bar Association".*

Corresponde ahora pasar examen a las referencias bibliográficas.

1 Un estudio general sobre el tema se puede encontrar en "El Derecho en los EE.UU.", Vol. 1, Segunda Parte, Cap. 5, Sección 6.13 editado por la Universidad de Miami; igualmente en el trabajo titulado "The title insurance industry and Governmental regulation" preparado por la "Virginia Law Review" y publicado en la misma, vol. 53, p. 1524 y ss.

El concepto del seguro de título y la explicación del funcionamiento de ambas técnicas (la tradicional y el "casualty insurance") se puede encontrar en el trabajo de Balbach que se adjunta (cap. II p. 16) y en Quiner: "Title insurance and the title insurance industry" publicado en Drake Insurance Law Annual, vol. 22, september 1973, p. 714, cap. III.

En cuanto a las falencias de los métodos tradicionales de "protección de título", ver el trabajo de Johnstone adjunto en su p. 492 y también Quiner, op. cit. p. 712 y p. 720.

2 Esta afirmación es corroborada en la publicación de la Universidad de Miami arriba citada (también en Sección 6. 13) y en Cribbet, "Principles of the law of property" p. 250 en cita de Bade.

3 Ver la opinión de Balbach (trabajo adjunto) en cap. II, p. 16, último párrafo.

4 Para el estudio del contenido de las pólizas, ver Quiner, op. cit. p. 716.

* *Nota de la Dirección de la Revista:* Esta parte viene en idioma inglés, pero no se publica por no estimarlo prudente la Dirección. Queda a la disposición de quien lo solicite en la secretaría de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

5 Respecto de los peligros que importan las exclusiones de la cobertura resulta importante la opinión de Cribbet, op. cit. p. 229 in fine y de Hamner (trabajo adjunto) pp. 393-394 así como la referencia contenida en Johnstone (trabajo adjunto) p. 496.

6 En esta materia es menester estudiar detalladamente las diferentes cláusulas contenidas en las pólizas y aclarar el verdadero sentido de las convenciones contenidas, relacionando las diferentes cláusulas entre sí.

7 Bordwell, "The resurrection of registration of title", en "University of Chicago Law Review" vol. 7, p. 486 admite la existencia de este problema en breve referencia. Respecto al problema de mayor valor derivado de la introducción de mejoras ver Balbach (trabajo adjunto) p. 16 in fine.

8 Ver los trabajos adjuntos.

9 Ver Hamner (adjunto) p. 390 y p. 396.

10 Ver Balbach (trabajo adjunto) p. 17.

11 Ver Balbach p. 19 cap. III y Hamner pp. 384/389 (trabajos adjuntos).

12 Ver Johnstone p. 508 y Balbach p. 16 (ambos adjuntos) para el funcionamiento del "casualty insurance".

13 Ver Johnstone (trabajo adjunto) p. 516.