

Valor económico de la seguridad jurídica *

Por **José Manuel García Collantes** **

Introducción

Suele ser normal hablar de un sentido objetivo y de un sentido subjetivo de la seguridad jurídica. En sentido objetivo (*legal security*), la seguridad jurídica es un “estado de certeza” o “ausencia de incertidumbre” en una determinada situación jurídica. En sentido subjetivo (*certainty of law*), la seguridad jurídica implica la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos que cada uno realice, esto es, el conocer lo que cada uno puede o no puede hacer.

La seguridad jurídica es una aspiración de todo ser humano y de toda sociedad. De ahí que pueda hablarse de una dimensión axiológica de la seguridad jurídica. En tal sentido, no cabe efectuar ningún planteamiento acerca de su valoración económica.

Pero el término “seguridad jurídica” tiene también un sentido instrumental referido a los mecanismos o instituciones establecidos para garantizar el estado de certeza y la ausencia de incertidumbre. Y en este caso es perfectamente posible evaluar el grado de utilidad o aptitud de esos medios para cumplir la finalidad para la que fueron creados. Y esa valoración puede ser económica. Es más, tiene que ser económica. Estamos inmersos en el mundo de la competitividad y la idea de EFICIENCIA se convierte en regla inexcusable de valoración.

* Trabajo presentado por el autor para la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, septiembre de 2006.

** Notario de Madrid (España). Presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado (UINL).

Es evidente que los principales instrumentos de seguridad jurídica son los tribunales de justicia. Ellos garantizan, en caso de conflicto, el cumplimiento de las normas.

Pero en la cultura jurídica en la que la mayoría de los europeos nos insertamos, existen y han existido siempre otros mecanismos destinados a promover la seguridad en las relaciones jurídicas antes de que éstas hayan entrado en conflicto y, precisamente, como intento de evitar que el conflicto se produzca. Son los mecanismos de “seguridad jurídica preventiva”, entre los cuales se encuentran los registros públicos y, sobre todo, el notariado.

Estamos en un congreso de notarios y, por ello, es al notariado al que habrá que evaluar económicamente. Y para ello habrá que partir de planteamientos radicales. El notariado, se nos dice, proporciona seguridad jurídica. Pero su figura es discutible. Nadie duda de la necesaria existencia de los tribunales de justicia. Ellos son imprescindibles.

Por el contrario, el notario puede ser conveniente, pero no imprescindible, como lo demuestra el hecho de ser una institución desconocida en muchos lugares de nuestro mundo. Admitamos, no obstante, su conveniencia y su aportación a la seguridad jurídica. Pero ¿cuánto estamos dispuestos a pagar por esa seguridad que proporciona el notario? Hablemos, pues, de eficiencia y de costes.

Como planteamiento general del tema, el profesor español Paz-Ares señala tres condiciones para determinar la eficiencia del notariado. En la medida en que la institución notarial cumpla estas condiciones, estará justificada su existencia. Estas condiciones son:

- a) Que el importe total de los costes que rebaja la intervención notarial sea superior al montante de costes que lleva consigo.
- b) Que no existan otras modalidades de organización más eficientes.
- c) Que dentro de la organización no exista un diseño que permita la prestación de la función a menor coste.

No es posible responder con precisión matemática a este planteamiento, al no ser fácil hacer un perfecto análisis económico de la función notarial, entre otras cosas porque en ella se dan elementos de servicio y utilidad social de ese servicio que han de estar fuera de una visión exclusivamente económica. No obstante, las condiciones señaladas nos pueden servir de guía.

A la vista de este planteamiento, examinaremos en esta exposición las siguientes líneas generales: diseño actual de la función notarial; ventajas que aporta dicho diseño; su apreciación por la sociedad; la existencia de sistemas alternativos; posibilidades de mejorar el diseño.

Diseño actual de la función notarial

Por su carácter general y reciente, tomemos los principios del notariado de tipo latino aprobados por el Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado, que nos definen la función notarial.

El artículo primero define al notario como “un profesional del derecho, titular de una **FUNCIÓN PÚBLICA**, nombrado por el Estado para conferir au-

tenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios”.

Se destaca aquí el carácter público y estatal de la función notarial, la noción de autenticidad, que es elemento de seguridad, y la función de redacción, consejo y asesoramiento por el notario, concebido todo ello como inescindible.

El artículo segundo nos dice que el notario “tiene la autoridad del Estado”, si bien se aclara a continuación que tal función y autoridad “es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado”.

El artículo cinco señala, entre otras cosas, la función de controlador de la legalidad del notario, que se ejerce mediante su negativa a colaborar si el negocio no se ajusta a la ley. Esto es lo que en terminología anglosajona se denomina *gate keeper*.

Por su parte, el artículo 8 nos habla de la eficacia privilegiada de los documentos notariales al decirnos que “gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por la vía judicial. Están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva”.

Para terminar, el artículo 17 impone al notario la obligación de ser imparcial entre las partes.

La concepción del notario que resulta de lo expuesto es idéntica a la que, con las mismas o con diferentes palabras, existe en la totalidad de nuestras legislaciones. Y queda pues claro que la función del notario pertenece a la esfera de lo público, de lo estatal. Ninguno de los elementos definitorios descritos tendría explicación si no fuera así. Y queda claro también que la función descrita coincide con la principal y, en muchos casos, con la única actividad del notario. Quiere esto decir que el notario podrá desarrollar otras actividades más o menos próximas a las anteriores, pero estas últimas no serán las que definan la esencia de su función.

Pues bien, de lo dicho podemos obtener algunas conclusiones.

En primer lugar, el notariado se integra en una cultura jurídica determinada, la de la seguridad jurídica preventiva, que, en términos generales, es propia de los sistemas jurídicos de *civil law*. Ello implica una elección previa por parte del Estado en favor de ese sistema. El Estado está interesado en que el tráfico jurídico se desarrolle con seguridad y quiere prevenir y cortar los vicios y los defectos de una relación jurídica antes de que ésta nazca a la vida del tráfico.

Y para conseguir este objetivo el Estado dispone que en el momento de la conclusión del negocio jurídico correspondiente exista un filtro que impida o dificulte que se cometan irregularidades. Y esto es un servicio que el Estado ofrece e incluso a veces impone como obligatorio y que confía a unos profesionales a los que exige una actuación rigurosa y a los que dota de la *auctoritas* estatal, sin que por ello pierdan su régimen de organización propio de las profesiones liberales.

Finalmente y como consecuencia de todas las cautelas que rodean a la actuación notarial, el producto final goza de eficacia especial, es seguro y por ello crea seguridad para las partes y para la sociedad en general.

Ventajas que aporta el sistema notarial

El notario existe, según lo expuesto, para dar certeza y seguridad. La incertidumbre es un “coste añadido”. El mercado opera siempre bajo condiciones de incertidumbre. Por ello, crear certeza es crear valor económico y ejercer una función productiva. Desde un punto de vista estrictamente económico, habría que concluir, al menos provisionalmente, que el sistema notarial reduce el coste de las operaciones y aumenta sus beneficios.

Son varios los elementos en los que podemos basarnos para hacer estas afirmaciones.

1º) La actividad notarial es amplia y compleja. En efecto, hemos visto que el notario asesora, aconseja, asiste a la formación de la voluntad de las partes (actuando si es preciso como mediador), redacta el documento y le otorga autenticidad; y finalmente controla la legalidad, denegando su función si el negocio no se ajusta a derecho (*gate keeping*).

Todo esto lo realiza en el momento de la conclusión del contrato, que es el momento en el que se produce normalmente el intercambio de prestaciones entre las partes. No queda referido el control a un momento posterior, cuando quizá la evitación del daño ya es irremediable.

Esta actividad es la que configura lo que un autor ha llamado el “multi-producto notarial”, puesto que se trata de diferentes actividades reunidas en una sola y misma figura. Sus beneficios, además, trascienden a las partes del negocio para favorecer a los terceros en general, que no son parte en el negocio, pero que se benefician indirectamente de la existencia de una situación de seguridad (las llamadas “externalidades positivas”). La simple existencia de una sola figura, que realiza variadas actividades, ha de suponer una reducción de los costes.

2º) La actividad notarial constituye también un importante órgano de colaboración con la administración de justicia. Esto es consecuencia de la fuerza probatoria y de la fuerza ejecutiva que tienen los documentos notariales. La fuerza probatoria disminuye los costes de los litigios pues evita reiterar en el proceso demostraciones que ya estaban realizadas extrajudicialmente. La fuerza ejecutiva evita juicios largos y costosos para todos aquellos que pueden fundar su crédito en un título notarial y esto es evidente que supone un ahorro de costes.

3º) La actividad notarial es una fuente importante de información para el Estado. Al ser el notario un oficial público, el Estado tiene a su disposición de manera inmediata todo el conjunto de datos que están recogidos en los documentos notariales. Esto tiene importancia, por ejemplo, para el control de actividades ilícitas de los ciudadanos, como es el caso del blanqueo de capitales. Es precisamente la clara constancia del negocio en el documento notarial lo que permite muchas veces identificar la procedencia ilícita del dinero. De ahí que muchas veces haya sido el Estado el que ha impuesto la forma notarial como medida de control y vigilancia. El ahorro de costes es, esta vez, para el Estado, que accede a los datos proporcionados por los notarios sin efectuar gasto alguno.

4º) La actividad notarial reduce la litigiosidad. Este aspecto ha sido objeto de importantes estudios estadísticos en España. Nos limitamos a señalar aquí, como ejemplos más claros, que ha quedado demostrado que la litigiosidad ha crecido más en aquellas partes del ordenamiento donde no hay intervención notarial. Igualmente se ha demostrado que los asuntos en los que ha intervenido previamente un notario no llegan al diez por ciento de los litigios planteados en los juzgados de primera instancia.

Hay que ver las causas de esto en que la actividad notarial hace menos probable que surjan conflictos debido al asesoramiento previo que reciben las partes por parte del notario, a la claridad de las cláusulas contractuales cuando es el notario quien las redacta y al control de legalidad que éste realiza.

Y también hay que tener en cuenta que la propia existencia del notario, su prestigio social y jurídico, así como el carácter de *auctoritas* que el Estado le otorga, crean en las partes de un negocio una predisposición favorable a su cumplimiento voluntario.

5º) La actividad notarial es ejercida dentro de una estructura especialmente eficiente. La función notarial, aun siendo pública, se ejerce encuadrada dentro del marco de una profesión liberal.

¿Por qué ha preferido el Estado recurrir a la figura del ejercicio profesional de funciones públicas para encuadrar ahí a las actividades genuinas de los notarios? La razón es clara: la función notarial, tal como ha sido expuesta hasta ahora, requiere el ejercicio de unas actividades anteriores a la propia autenticación, entre las cuales destacan la prestación jurídica del consejo, la adecuación de voluntades y la mediación entre las partes, la redacción del documento... Y todas ellas son actividades privadas, no solamente por su propia naturaleza sino también por el carácter privado de los intereses a los que sirve.

Y esto explica que entre las diferentes modalidades de organización notarial haya prevalecido la que encuadra a la función notarial dentro de una profesión liberal: el notario es un titular de una función pública que ejerce en el marco de una profesión liberal. No es un profesional liberal a quien se le añaden algunas funciones públicas.

Pues bien, esta estructura de profesión liberal permite también el ejercicio de la función de una manera más ágil y eficiente, además de otorgar más independencia al notario. Pero sobre todo, reduce los costes del Estado cuando organiza el servicio de seguridad jurídica preventiva puesto que todo el peso del coste de organización de estos servicios recae sobre la propia estructura corporativa notarial y no sobre el Estado directamente, sobre quien recae exclusivamente el control, la selección y la determinación del régimen general de organización del notariado.

El notariado visto desde una perspectiva sociológica

¿Es verdaderamente el notariado una institución que nuestra sociedad considera imprescindible o, al menos, muy conveniente?

Esto es esencial para determinar el arraigo del notariado en nuestra cultu-

ra. Un notariado arraigado en la sociedad y en el que los ciudadanos perciben seguridad y confianza constituye por sí mismo un valor económico.

La respuesta a esta pregunta estará, lógicamente, muy condicionada por las circunstancias concretas de funcionamiento del notariado en un país determinado. No existen estudios sociológicos en Europa, aunque sí en España. Fueron realizados por un organismo prestigioso y totalmente independiente del notariado, el Instituto de Estudios Económicos.

Uno de los puntos más importantes de este estudio es el resultado de una encuesta realizada entre determinados sectores de población y dividida en dos partes. La primera, dirigida a la población en general y la segunda, dirigida a jueces, abogados, asesores jurídicos de empresas y directores de instituciones de crédito. Son muy significativos los datos que se obtienen. Evidentemente, no podemos hacer aquí una exposición detallada de ellos. Pero podemos afirmar que en la encuesta se constata la existencia de un acuerdo clarísimamente mayoritario en la sociedad favorable a la institución notarial, que se puede concretar en tres conclusiones:

- a) Opción clara por el sistema de seguridad jurídica preventiva, frente a un sistema de libertad de forma con control judicial posterior en caso de conflicto.
- b) Valoración positiva de la figura del notario de tipo latino.
- c) Alto y generalizado reconocimiento de la función del notario, cuyo mantenimiento queda fuera de toda duda.

Sistemas alternativos

¿Existe alternativa al sistema de seguridad jurídica preventiva expuesto? El Estado puede optar por la ausencia de controles previos, por la ausencia del *gate-keeping*, renunciando a la seguridad jurídica preventiva y estableciendo un sistema de libertad de forma. En este sistema no habría intervención previa obligatoria de persona alguna interpuesta por el Estado ni control público alguno previo sobre los negocios jurídicos. En caso de desacuerdo posterior entre las partes, éstas acudirían a los tribunales de justicia. El recurso judicial ofrecerá entonces la seguridad, pero será una seguridad conseguida “a posteriori” y, en definitiva, tras una disputa en la que alguna de las partes (o ambas) habrán resultado perdedoras.

Pero precisamente porque a nadie le gusta perder, el sistema ha generado un medio para paliar esta pérdida: el seguro de títulos tan extendido en los Estados Unidos de América.

Es indudable que de la misma manera en que antes decíamos que el notariado y el concepto de seguridad jurídica preventiva se insertan en una cultura jurídica determinada, también es cierto que la ausencia de tal seguridad preventiva es propia de un sistema que valora la inexistencia de barreras previas como un tributo que hay que pagar por la libertad y la agilidad más absoluta en el tráfico jurídico. Incluso admitiendo que ese sistema de libertad absoluta lleva consigo el germen de una conflictividad judicial posterior mayor.

Pero aun así, la necesidad de seguridad ha impuesto el seguro de títulos como sistema alternativo. Se podrá decir que el seguro de títulos tiene un coste

muy elevado. Se podrá decir también que son muchos los casos excluidos de la cobertura del seguro. Pero la principal diferencia entre ambos sistemas es que el de seguridad jurídica preventiva tiene por misión evitar el riesgo y la incertidumbre. Por el contrario, el sistema del seguro de títulos tiende exclusivamente a compensar económicamente el riesgo, pero no lo evita. El seguro de títulos es, pues, un sistema que proporciona una cierta seguridad económica, pero no jurídica. Y no es lo mismo evitar que compensar.

Precisamente por eso es muy difícil establecer una comparación de costes entre los dos sistemas, porque las magnitudes a comparar están situadas en niveles muy diferentes. Nada tienen que ver entre sí los dos tipos de garantías ofrecidas. No obstante, podría afirmarse que el sistema de seguridad jurídica preventiva tiene las siguientes ventajas de orden económico:

a) Disminuye los costes de información, asesoramiento y mediación en el momento de concluir un negocio jurídico dada la no necesidad, en términos generales, de acudir a figuras externas a las que el propio sistema proporciona, esto es, el notario.

b) Disminuye las posibilidades de litigios y crea un “efecto profiláctico” respecto de ellos, que supone un ahorro de costes permanente y a largo plazo.

c) Conectado a un sistema de registro de publicidad (bien sea de la propiedad o de comercio), el sistema de seguridad jurídica preventiva basado en la existencia de un documento público proporciona una seguridad aún mayor, puesto que la autenticidad del documento que accede al registro permite que sea auténtica y cierta la información que el registro publica. Por ello será mayor la seguridad que crea frente a las personas que consultan el contenido del registro. Y al mismo tiempo, la autenticidad derivada del documento público será la única y mejor base para atribuir, si se quiere, efectos especiales a la inscripción. Un deterioro de la calidad del documento público llevaría consigo un deterioro de la calidad del contenido del registro público y ello con independencia del tipo de registro y de los efectos que produzca.

¿Es posible un diseño más eficiente en la prestación de la función de seguridad jurídica preventiva?

Si partimos de la base de que el sistema de seguridad jurídica preventiva sigue siendo de utilidad social, pues su alternativa no garantiza ni mayor seguridad ni menor coste, hemos de plantearnos ahora si es posible un diseño, dentro del sistema, que permita la prestación de la función a menor coste.

Esto último nos ha de llevar a plantear algunas cuestiones de total actualidad.

1º) ¿Es necesaria la reserva de mercado a favor de los notarios?

En todas nuestras legislaciones existen determinados negocios jurídicos para los cuales se impone obligatoriamente la intervención de notario. Esto puede suponer que en ciertas operaciones sencillas o de escaso riesgo aumen-

ten innecesariamente los costes para las partes. ¿Cuál es el sentido y la razón de ser de esta reserva de mercado?

La intervención obligatoria del notario está justificada si sirve para disminuir los costes sociales. Y son costes sociales los que soportan los terceros que no son parte en el negocio, pero a quienes interesa que alrededor de éste haya sido creada una situación de seguridad. Esto es lo que se denomina “externidades positivas”.

Pues bien, esto solamente puede ser admitido en campos especialmente sensibles e importantes de la economía nacional, para los cuales existe un interés general en que la contratación se desarrolle sin incertidumbre.

Y precisamente por eso, en esos campos al Estado le interesa también que la asistencia profesional se haga igualmente con total seguridad y sin incertidumbre alguna. Y tratándose de materias especialmente complejas, en las que las partes no están en condiciones de medir el grado de conocimiento de los profesionales –“asimetrías de la información”– estará justificado que el Estado imponga la intervención obligatoria de una determinada clase de ellos.

Pero tal reserva, para encontrar su plena justificación, ha de llevar consigo una doble exigencia: una alta especialización, muy superior a la que pueda tener cualquier otro profesional, y una disciplina y selección igualmente superiores.

Evidentemente, todo esto sólo tiene justificación para funciones complejas y sería el precio que hay que pagar para conseguir que, en ellas, la contratación se desarrollara pacíficamente, lo cual interesa al mercado en particular y a la sociedad en general. Sería un monopolio basado en la conveniencia de disminuir los costes sociales, y justificado porque las ventajas que proporciona son superiores a los inconvenientes que implica (monopolio positivo).

2º) ¿Es verdaderamente necesario establecer un número programado de notarios?

El número programado o *numerus clausus* de notarios es una consecuencia lógica del sistema. Es un medio de asegurar la alta cualificación. Además, si el Estado selecciona a todos sus funcionarios en vista de las necesidades del servicio público, ¿por qué no va a hacer lo mismo con los notarios, en quienes delega su autoridad?

Pero el número predeterminado de notarios tiene también una contrapartida: su fijación por el Estado y no por la corporación notarial. Además, los criterios determinantes de su fijación no pueden ser otros más que los que marquen las necesidades del servicio público.

3º) ¿Qué aporta el notariado al tráfico jurídico en masa o al tráfico jurídico protagonizado por grandes sociedades?

La contratación moderna está condicionada en muchas ocasiones por dos características:

a) La existencia de contratos *standard*, de cláusulas de contenido idéntico e

imposición casi obligatoria al consumidor, que están redactadas íntegramente fuera del despacho notarial.

b) La existencia de grandes despachos de abogados, que asesoran a las grandes empresas y que no tienen necesidad de la función asesora y redactora del notario.

En ambos casos, la consecuencia es que se reduce la intervención del notario a sus funciones de autenticación, con el riesgo de dejarlo reducido a lo que algún autor alemán ha denominado un *Stempelbeamte* (funcionario del sello).

Esta situación puede provocar, además, otra consecuencia indeseable: la pérdida o disminución de la situación de imparcialidad del notario al desarrollar “relaciones de clientela” con alguna de las partes, especialmente la más poderosa en la relación contractual por el volumen de trabajo que aporta al notario.

Hay que advertir, sin embargo, que aun siendo la situación descrita cierta, no supone sin más que todo o casi todo el tráfico que se desarrolla en las oficinas notariales sea un tráfico en masa.

En cualquier caso, esta situación puede hacer evolucionar al notariado para hacer frente a este reto en una doble dirección: una mayor especialización y un incremento de las sociedades profesionales de notarios. Se posibilitaría con ello un aumento de la calidad del servicio notarial y, al mismo tiempo, otorgaría a los notarios un mayor grado de independencia y seguridad.

De todas maneras, yo creo que, incluso en las situaciones que estamos comentando, es posible obtener ventajas de la intervención notarial para ambas partes.

Para ambas partes es interesante obtener los efectos privilegiados del documento notarial, así como eliminar un coste: la incertidumbre en cuanto al resultado jurídico del contrato.

Pero quizás sea a la parte débil a la que más puede interesar la intervención notarial por la tranquilidad que puede proporcionarle tener a su lado a un jurista imparcial que le explique las consecuencias jurídicas del contrato e informe sobre las cláusulas oscuras o peligrosas, así como sobre la exacta posición jurídica que adquiere.

De todo esto surge la necesidad de potenciar al máximo las medidas que aseguren la situación de imparcialidad e independencia del notario. Estas dos cualidades son clave para que el notario pueda cumplir su función y han de estar garantizadas por el ordenamiento jurídico. No puede existir un órgano de seguridad jurídica preventiva que no sea imparcial e independiente.

4º) ¿Contribuye la libertad de tarifas a disminuir el coste de la intervención notarial?

En principio habrá que responder afirmativamente. La libertad de tarifas puede contribuir a la rebaja de los costes notariales al incrementar la competencia entre notarios. Incluso para el propio notario puede ser beneficioso desde el momento en el que le permite efectuar una planificación y una asig-

nación de recursos en función exclusiva de los dictados y las exigencias del mercado, sin tener en cuenta ningún tipo de consideración de orden social o público. También puede contribuir la libertad de tarifas a hacerlas más racionales, fijándolas en función del trabajo realmente realizado por el notario.

Pero creo que no son éstas las cuestiones que hay que plantear aquí. Lo que debemos considerar ahora no es el ahorro de costes sino lo que podría perder la función notarial ejercida en régimen de libertad total de tarifas.

Aclaremos que cuando hablamos de tarifa o de precio fijo para retribuir los servicios notariales estamos refiriéndonos exclusivamente a la retribución de los servicios estrictamente notariales, no a lo que el notario pueda recibir por realizar actividades conectadas a su función pero diferentes de las propias de su carácter de notario, esto es, las denominadas “actividades separables”.

Por supuesto que el concepto de tarifa o precio fijo no es incompatible con la existencia de excepciones y con la posibilidad de hacerla flexible en determinadas circunstancias. Y también aclararemos que cuando se habla de tarifas, siempre nos referimos a tarifas fijadas por el Estado, no por la corporación notarial, habida cuenta de la vertiente pública de la función notarial.

Creo que este punto de partida es incontestable: los notarios no son agentes económicos sino depositarios de una función pública.

Creo que la libertad absoluta de tarifas puede provocar algunos inconvenientes importantes.

En primer lugar, parece claro que un sistema de libertad puede ser beneficioso para los grandes usuarios de los servicios notariales. Pero es en detrimento de los pequeños clientes, pues estos últimos tienen poca o nula capacidad de negociación (me remito en cuanto a este tema al reciente coloquio celebrado en Luxemburgo el tres de mayo de este año).

Por otro lado, la libertad de tarifas puede provocar una tendencia a la concentración de clientela en determinadas oficinas notariales con el riesgo que ello supone para la independencia e imparcialidad del notario. Esta tendencia puede también desvirtuar el carácter público de la función al deformar la elección de notario sobre la base de criterios ajenos a su calidad profesional.

Pero sobre todo, el gran riesgo de la libertad de tarifas es la rebaja de la calidad en la función de *gate keeper* del notario. Admitir una negociación entre notario y cliente no contribuye ciertamente a reforzar la posición de *auctoritas* e independencia que el notario ha de tener para cumplir su misión.

Se suele decir (y así lo recoge el estudio que acompaña al informe de cinco de septiembre de la Comisión Europea sobre servicios profesionales, números 69 a 72) que la conveniencia de precios fijos para retribuir los servicios profesionales está basada en la necesidad de proteger a los consumidores frente a cargas excesivas, así como en la conveniencia de mantener el prestigio de la profesión.

Yo creo que estos no son los auténticos argumentos que sirven para justificar la existencia de precios fijos. Es cierto que las tarifas protegen a los pequeños consumidores, como se acaba de decir, pero también protegen al propio notario, al evitar la absurda situación de que un titular de una función

pública estatal, controlador de la legalidad, pueda quedar a merced de los destinatarios de sus servicios, que son servicios estatales. El controlador no puede estar a las órdenes del controlado, pues eso genera y provoca situaciones de “infracontrol”.

Desde el punto de vista de la política económica general, un economista y profesor universitario español, conocido por su poca simpatía hacia la institución notarial, resume en tres razones la conveniencia de mantener precios fijos para retribuir la actividad de los notarios:

a) Los precios fijos constituyen la retribución de la actividad de cada profesional no solamente en un momento determinado sino también a lo largo de su vida profesional (expectativa de retribución futura que permite una retribución inferior en el inicio de su carrera).

b) Implican una afeción legal al mantenimiento global del servicio público y, por tanto, de su disponibilidad en todo momento para el potencial usuario (mantenimiento en todo el territorio, obligatoriedad de la prestación de la función, responsabilidad civil no trasladable al Estado...).

c) Permiten la utilización de las tarifas por parte del Estado como instrumento de una política de fomento o apoyo a determinadas actuaciones, incluso por debajo de su coste real (vid. Benito Arruñada, *Fe pública y vida económica*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1997).

El propio informe de la Comisión Europea de cinco de septiembre no es ajeno a todos estos argumentos. En efecto, en el informe encontramos una referencia expresa al “interés general” como justificación de las posibles restricciones a la libre competencia. Y a continuación nos ofrece tres elementos definidores de dicho “interés general” que justifican las excepciones a la libre competencia:

a) Las asimetrías de información entre clientes y prestadores de servicios profesionales en la medida en que se requiere que los profesionales posean un alto nivel de conocimientos técnicos. Al no tener los consumidores dichos conocimientos, puede resultarles difícil juzgar la calidad de los servicios que adquieren.

b) Las “externalidades”, en la medida en que la prestación de un servicio puede tener un impacto en terceros al igual que en el comprador del servicio.

c) Los servicios profesionales que producen “bienes públicos” que son valiosos para la sociedad en general, como la buena administración de justicia y en los cuales, si no existiera regulación, el suministro de estos servicios sería insuficiente o inadecuado.

¿Es aplicable el concepto de interés general a los servicios notariales? Si somos fieles al concepto de notario del que hemos partido, la respuesta afirmativa es evidente. Quizá por eso, en el estudio que acompaña al informe, se dice, refiriéndose a los notarios, que “el ejercicio de la autoridad pública no es una actividad económica”.

Y si finalmente en ese estudio no se opta con claridad por la exclusión del notario, hay que buscar las razones en el reconocimiento que se hace en él

de que el notario también ejerce actividad comercial (la negociación inmobiliaria, por ejemplo). Pero no olvidemos que las actividades económicas, que indudablemente existen, ni son comunes a todos los notariados, ni son las que definen su razón de ser y existir. De ahí el acierto del informe que comentamos al recoger la distinción de actividades pues, implícitamente, sugiere que sólo a las actividades “económicas” podrán aplicarse las reglas de la competencia. Por el contrario, el estudio deja la puerta abierta a la consideración de que las actividades que participan del ejercicio de la autoridad pública y que son las genuinamente notariales (que no constituyen por ello actividad económica) quedan al margen de la aplicación de las disposiciones tendentes a establecer la libertad de competencia.

Es la misma idea que está en la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994; en la sentencia UNIBANK de 17 de junio de 1999; en la sentencia de 30 de septiembre de 2003 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española) y, por supuesto, en los reglamentos 44/2001 (Bruselas II) y 805/2004 (título ejecutivo europeo), pues no se comprendería de otra manera el reconocimiento de efectos que en ellos se contiene a favor de los documentos notariales.

Y es también la idea que se encuentra en la reciente directiva sobre “reconocimiento de calificaciones profesionales” de septiembre de este año. He aquí los argumentos empleados para justificar la enmienda 35 que finalmente prosperó en el texto del considerando 41: “Los notarios forman parte del mundo de la justicia. Están encargados de ejercer la autoridad pública. Son designados por los Estados miembros como oficiales públicos encargados de autorizar instrumentos públicos con valor probatorio y ejecutivo [...] Sometidos a una vigilancia disciplinaria idéntica a la de los jueces y los funcionarios [...] Cumplen importantes funciones de verificación y control”.

La libre competencia, en sí misma considerada, no es ni buena ni mala. Será útil en la medida en que contribuya a mejorar los servicios y siempre y cuando lo que se gana con la liberalización sea superior a lo que se pierde. Y ello habrá de ser determinado en función de cada servicio. Pero bien entendido que existiendo un interés público superior, las excepciones a la libre competencia encontrarán ahí su justificación.