

Tribuna

Ernesto Tarregón Albella

## La función social del notario: la seguridad jurídica

08.03.2014

El Notariado, como toda institución humana, solo puede justificar su existencia en función de la utilidad social que genera. **Nuestra profesión no existe para sí misma, responde a unas necesidades económicas, políticas o jurídicas**, es decir, a unas necesidades sociales, que han ido evolucionando a medida que lo ha hecho la propia sociedad, pero siempre girando en torno a la idea de la seguridad. La necesidad de tener relaciones jurídicas seguras se encuentra tanto en la aparición de los lejanos antepasados notariales, como fueron los escribas, en Egipto, hace 40 siglos, como en la adopción de nuestro modelo notarial en China hace diez años.

La seguridad se ha convertido en una palabra clave de nuestro mundo y cotidianamente hablamos de seguridad física, de alimentos, medioambiental, médica... y también, obviamente, de seguridad jurídica, que es el presupuesto necesario para el desarrollo económico, porque **sin ella no hay confianza y sin confianza el comercio no puede desarrollarse**. Sin garantías, sin seguridad, no hay inversiones, ni financiación que permita afrontarlas.

Si la seguridad es lo contrario del riesgo, de la incertidumbre, podemos entender que hay dos grandes grupos de instrumentos para combatir el riesgo: los instrumentos que lo compensan económicamente y los instrumentos que lo evitan, por ello para satisfacer esta exigencia de seguridad en el mundo se dan fundamentalmente dos distintas respuestas o soluciones.

Una, la **seguridad preventiva**, que supone establecer unos formalismos que garantizan la validez y eficacia de los contratos; son mecanismos técnicos y jurídicos 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 encuentra el notariado, propio de la cultura jurídica de los países del sistema del *civil law*. **A este sistema de seguridad jurídica preventiva responde la existencia misma del notariado**, basado en la tradición jurídica del sistema latino-germánico, en el que a través de una función delegada del Estado el notario ejerce un formalismo hecho de verificaciones y controles previos, cuyo objetivo consiste en garantizar un contrato seguro y equilibrado que permita evitar contenciosos

Otra posible solución es la **seguridad económica, con escasos formalismos, sin controles previos**, de manera que no se garantiza la validez y eficacia del documento, pero, si el contrato no es válido y no produce sus efectos naturales, hay un sujeto o una entidad que responde de ello, indemnizando a los perjudicados del daño. Es el sistema de títulos, o de seguro, tradicional en Estados Unidos y los países del *common law*.

En este sistema no existe el concepto de documento público, ni por tanto el concepto de quien crea tales documentos, pues **no puede calificarse de notario a ese *notary public* que no aporta ningún valor añadido** al documento al que simplemente pone fecha, sin aportar un

control de legalidad que permita otorgar a ese documento unos efectos especiales de prueba plena o ejecutividad. Todos los documentos anglosajones tienen el mismo valor sujeto al posterior control judicial.

## Flagrante contrasentido

Los dos sistemas proporcionan seguridad, pero su naturaleza es muy diferente: no es lo mismo evitar que compensar. No es lo mismo garantizar el fin pretendido con el negocio que una **compensación económica** en caso de frustración (que es el riesgo) de la finalidad negocial.

Podría pensarse que el antiformalismo anglosajón se adapta mejor a la evolución económica del siglo XXI, donde todo tiene que ir más de prisa, a veces demasiado, y más al ritmo del liberalismo, que se ha convertido en el único credo moderno para muchos economistas.

Pero, en realidad, como puso de manifiesto **Jean Paul Decorps**, presidente de la Unión Internacional del Notariado, en el último congreso internacional habido en Perú, esta filosofía del liberalismo descansa en un flagrante contrasentido. Cuando se habla de liberalismo, todos creen que significa libertad. Sin embargo, ambos conceptos son radicalmente opuestos: el liberalismo es la ausencia de reglas, mientras que la libertad impone unas reglas porque la libertad de uno termina donde empieza la del otro. Por ello, no es sorprendente que **ese liberalismo haya demostrado sus limitaciones**, favoreciendo el *dumping* y los acuerdos ilícitos, la ley del más fuerte, es decir, del más rico.

Las consecuencias derivadas de la crisis de las hipotecas *subprimes* y los abusos de la libre competencia demuestran la necesidad de regular y dominar la globalización. **Resulta imprescindible establecer las reglas de juego del mundo económico**, convertido en un vasto mercado abandonado a su suerte, fundado en intercambios virtuales, incontrolables por su rapidez, frecuencia y destino. Por ello, no es de extrañar que el Derecho continental, basado en las normas, y por tanto en el principio de regulación, esté ganando terreno en estos primeros años del siglo XXI. No es casualidad que 15 de los 19 países del G-20 y 22 de los 28 miembros de la Unión Europea pertenezcan al ámbito del Derecho continental, propio de los notarios, representando hoy en día las dos terceras partes de la población mundial y casi el 60% del PIB del planeta.

## Mayor eficiencia

¿Por qué tanto éxito? Podríamos decir que el notariado y el concepto de seguridad jurídica preventiva **se insertan en una cultura jurídica determinada y presuponen una opción previa del Estado en su favor**; pero es necesario justificar además que el sistema notarial es más eficiente que su alternativa, pues también es cierto que el Estado podría optar por la ausencia de controles previos, por la ausencia del *gate-keeping* notarial, renunciando a la seguridad jurídica preventiva y estableciendo un sistema de libertad de forma.

En este sistema se 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 y no se precisa 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.

Precisamente porque a nadie le gusta perder, el sistema ha generado un medio para paliar esta pérdida, y así vuelve a aparecer en el panorama el seguro de títulos, tan extendido en Estados Unidos, donde apareció a finales del siglo XIX **para complementar el seguro de responsabilidad** de los profesionales que dictaminaban la calidad de los títulos, de modo que los asegurados fuesen indemnizados incluso cuando el profesional no había actuado con negligencia.

Muchos son los estudios económicos que demuestran que **los costes de transacción son menores** en un sistema notarial que en otros alternativos, pero no debemos quedarnos en el simple coste sino profundizar ante el dilema notariado versus seguro de título, y analizar las respectivas funciones, pues el valor social de los servicios notariales no se puede comparar, ni menos aún confundir con la función de la compañía de seguros que asegura una transacción que puede incorporar ciertas contingencias, para compensar al agente comprador del seguro, y siempre a posteriori, en el caso de que la (o las) contingencias tengan lugar, pues en caso de que deba enfrentarse a ellas, el valor de la transacción se verá reducido drásticamente.

Dado que la acción notarial es una prevención *ex ante* y no *ex post* de la contingencia, es natural pensar que los costes notariales, satisfechos por prevenir *ex ante* una contingencia, deberían compensar todo lo pagado a la aseguradora por compensar al comprador *ex post*. Nuestro argumento a favor del notariado es que, **una vez detectados los fallos de los títulos, el valor social de los servicios notariales es superior** al de asegurar cada una de las partes implicadas en una transacción, dado que cualquier precio de seguros tiene en cuenta que las personas estamos dispuestas a aceptar, como compensación *ex post*, una cantidad menor que el valor inicialmente perseguido por la transacción. En este sentido, haber prevenido el fallo es siempre superior, aunque no incompatible, a recibir, *ex post*, una compensación.

## Seguro de títulos

En un principio, el seguro era independiente del examen de los títulos, funcionando como una garantía suplementaria a la que ya proporcionaba al cliente la responsabilidad profesional del abogado. Más tarde, sin embargo, las aseguradoras integraron verticalmente otras funciones: las desarrolladas por los *abstracters*, como el desarrollo y mantenimiento de ficheros paralelos (*title plants* o *title factories*); el cierre de las transacciones; y, de forma más bien implícita, el dictamen jurídico.

Lo característico del seguro de títulos es que la mayor parte de los riesgos cubiertos ya han ocurrido cuando se emite la póliza. Es más, una de las cláusulas estándar excluye de cobertura todos aquellos defectos derivados o creados con posterioridad a la fecha de la póliza. Este hecho lo diferencia notablemente de la mayor parte de los demás seguros. En otras ramas del sector asegurador, el tipo de seguro más habitual es el de asunción de riesgos, en el que, a cambio de una prima, el asegurado se cubre contra un riesgo futuro e incierto. Por el contrario, el seguro de títulos **cubre contra riesgos asociados a hechos ya acaecidos, pero desconocidos** en el presente, y que en el futuro pueden ser o no descubiertos. Y ello provoca el defecto más obvio del sistema: la inexistencia de incentivos para que se supervisen y examinen correctamente los títulos para, con ello, evitar la emergencia de las contingencias anteriormente mencionadas.

Cuando el comprador de una propiedad tiene la seguridad de que recuperará cualquier tipo de pérdida por defectos existentes del título que han sido comprobados en el momento de la transacción, ya no tiene incentivos a entrar en un proceso exhaustivo de control de la calidad

de los títulos.

Para evitar esa conclusión **se pretende justificar que más que en asumir riesgos o en compensar pérdidas, la actividad de las aseguradoras se centra en identificar los posibles defectos**, con el fin de evitarlos o instar su eliminación (estrategia que en el sector se conoce como de prevención de pérdidas). Si esto fuera verdad, el fundamento del seguro de títulos no sería diversificar riesgos, sino proveer incentivos potentes que estimulen a los profesionales a filtrar los riesgos preexistentes y garantizar la calidad en la liquidación de operaciones, evitando así la emergencia de nuevos riesgos. De esta manera, el seguro de títulos, sin notarios, propio del mundo anglosajón, sería un sistema casi perfecto, sin formalismos, que vendría a reducir los costes de transacción mediante la nueva información que genera y la eficacia que añade a la responsabilidad profesional.

Pero la realidad no es así. Primero, ya conocemos por sus prácticas en otros sectores y actividades económicas que las aseguradoras atienden fundamentalmente a sus propios intereses. Un defecto de título que puede ser excluido de determinada compensación deja de ser un defecto, aunque repercuta en el valor efectivo de la transacción para el asegurado. Y, lo más importante, si el control *ex ante* de la calidad de los títulos es la única forma de defender la superioridad de los seguros (que son un sistema de compensaciones, eminentemente *ex post*, de pérdidas por defectos preexistentes pero no comprobados en el momento de la firma) sobre los servicios proporcionados por los notarios tipo latino, ¿no es injusto o absurdo atacar a los notarios con un sistema que depende críticamente de una función como es el control de la calidad *ex ante*, **que se podría considerar especialidad propia de los notarios** en vez del sistema alternativo de los seguros?

Segundo, se trata al mercado del seguro de títulos como una alternativa incompatible con el sistema notarial actual, mientras en países con notarios de tipo latino **son los propios notarios los que se aseguran contra posibles defectos de los títulos**, a través de seguros de responsabilidad civil, que indemnicen de los daños causados cuando la actuación notarial no se ha realizado adecuadamente. Y esta combinación sí puede presumir de combinar el control de calidad de los títulos *ex ante* con la posibilidad de compensar *ex post* a los compradores por defectos ignorados por negligencia o simplemente por asimetrías informativas.

En todo caso, la ventaja de la seguridad jurídica preventiva ofrecida por los notarios es que **está dirigida en su totalidad hacia la disminución de los casos en los que un comprador se ve frustrado** tras la compra de una propiedad antes de que eso ocurra. No hace falta emplear muchos argumentos para entender que la seguridad preventiva y el sector de los seguros son actividades complementarias y no sustitutivas. El ejemplo de los accidentes de tráfico nos recuerda que la seguridad preventiva no sustituye ni viene sustituida por el sector de los seguros que cubre los costes de **compensar** los daños a terceros.

\* **Ernesto Tarregón Albella** es notario.