

INVIERN 2000

REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO

RICHARD A. POSNER El análisis económico del derecho en la *Common Law*
en el sistema romano-germánico y en las naciones en desarrollo

PAUL PHUMPU Participación privada en agua y saneamiento

JORGE TOYAMA La privatización de servicios laborales en la actividad minera

IVAN ALONSO Algunas reflexiones sobre el proceso de privatización

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ Como generar mayor predictibilidad judicial

ENRIQUE PASQUEL Lima, la horrible: propiedad, zonificación y
el mito del planeamiento urbano

HUGO GÓMEZ Y ERIK MIRANDA Servicios notariales: precios o tarifas

RUBÉN MENDEZ Sistema de justicia civil y costo social



Sociedad de
Economía y Derecho

UPC

SERVICIOS NOTARIALES: ¿PRECIOS O TARIFAS?*

HUGO GÓMEZ APAC**
Y ERIK MIRANDA CARNERO***

La función notarial debe ser entendida como un eslabón más dentro de la cadena institucional (notarios-registradores-jueces) que genera seguridad jurídica o elimina una incertidumbre jurídica con el fin de reducir costos de transacción. Dicha función tiene un carácter público, expresado en el control que realiza el Estado para autorizar y supervisar la actividad, y otro privado, referido a la administración del despacho notarial. Es este segundo aspecto el que permite a los notarios una libre y leal competencia en servicios de calidad y al menor precio posible, lo que los estimula a ser más eficientes. Esta competencia debe ser mantenida por los beneficios que traslada a los consumidores, a las empresas y al Estado, y, por ello, debe rechazarse la idea de restituir el arancel notarial, que no es otra cosa que un cártel de precios que busca asegurar ganancias extraordinarias. Si a quienes persiguen la restitución del arancel notarial les preocupa que la competencia menoscabe la calidad del servicio, corresponde que se revisen los mecanismos de fiscalización actualmente previstos. Como se sabe, no hay incompatibilidad entre una competencia en precios y estándares mínimos de calidad establecidos por el Estado.

En enero de 2003, el decano del Colegio de Notarios de Lima (CNL) presentó a la Presidencia del Consejo de Ministros un proyecto de ley que proponía restituir el arancel notarial, argumentando que ha tenido consecuencias negativas el hecho de que la retribución del servicio notarial se rija por el libre juego de la oferta y la demanda, es decir, por la libre competencia.

Dicho proyecto de ley nos servirá de pretexto para expresar nuestra posición sobre si el precio pagado por la prestación de servicios notariales

debe continuar rigiéndose por la libre competencia o si, por el contrario, debe volverse a la figura del arancel notarial, situación en la que dichos precios son fijados por una autoridad administrativa u otro órgano en particular.

1. LA JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

El CNL sostuvo que el servicio prestado por los notarios tiene una naturaleza dual, pues estos son "profesionales del Derecho" y al mismo

Revista de Economía y Derecho, Vol. 2, N° 7 (Invierno 2005). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* El presente artículo ha sido trabajado sobre la base del Informe 030-2003/GEE, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, el 4 de abril de 2003. Uno de los autores de dicho informe es Hugo Gómez Apac.

** Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

*** Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex adjunto de docencia del curso de Contratos y Garantías Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Ex asesor legal de la Comisión Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), del Indecopi y del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osiner).

**** Los autores agradecen la colaboración de Andrés Francisco Calderón López, alumno de la Facultad de Derecho de la PUCP.

tiempo ejercen una "función pública". Según dicho gremio, el notario es un profesional del Derecho encargado de dar fe de la realización de actos jurídicos, por lo que dejar librado el costo del servicio notarial a las reglas del mercado significa considerar a la fe pública como una mercancía más. En ese contexto, argumentó, el arancel notarial tiene una triple finalidad:

a) Otorga a los consumidores certeza y previsión respecto del costo del servicio notarial y evita cobros abusivos.

b) Brinda al notario una retribución equitativa que asegure su independencia y su imparcialidad.

c) Evita la competencia desleal entre los propios notarios.

El CNL señaló que entre las ventajas de contar con un arancel notarial —donde el precio de los servicios notariales se encuentra fijado administrativamente— está la fiscalización por parte del respectivo Colegio de Notarios, evitándose la competencia desleal en procura de la prestación de un servicio basado en la calidad, eficiencia y oportunidad. Asimismo, un arancel notarial elaborado con criterio técnico, sustentado en un escrupuloso análisis de costos, pondrá el servicio notarial al alcance de las grandes mayorías.

El CNL afirmó que cuando los servicios notariales están tarifados, la libre competencia se cumple en función de la mejor calidad del servicio que ofrece cada profesional. Desde el punto de vista del consumidor, el "servicio más barato" no le asegura la calidad que proteja el resultado jurídico que se propone conseguir. Por el contrario, añadió el CNL, la aplicación de la libre competencia sobre los servicios notariales ha ocasionado:

i) Confusión por parte de los usuarios respecto al monto que deben pagar.

ii) Beneficios para las instituciones financieras y las grandes empresas que determinan costos ínfimos por el consumo de servicios notariales masivos, lo cual es aceptado lamentablemente por algunos notarios y favorece la existencia de acaparamiento en este servicio en perjuicio de la mayoría de notarios.

iii) Perjuicio para los sectores organizados menos favorecidos de la población.

iv) Tarifas predatorias que no responden al costo real del servicio derivado de la pugna por obtener clientela, lo que motiva una competencia desleal entre los propios notarios que los colegios de notarios no pueden controlar debido al régimen de libre competencia.

En cuanto al análisis costo-beneficio, el CNL señaló que su propuesta no originaba costo alguno para el tesoro público, sino que significaría una garantía para el usuario, quien de antemano sabrá a cuánto asciende el servicio notarial, como ocurre por ejemplo con los derechos registrales, las tasas municipales y las tarifas de transporte público.

Sobre la base de tales consideraciones, el CNL propuso que la determinación de los precios del servicio notarial se rija por el arancel aprobado por la Asamblea General de los respectivos colegios de notarios, con conocimiento del Consejo del Notariado; así como restituir la regulación del horario de atención del despacho notarial.

2. LA FUNCIÓN NOTARIAL: MARCO LEGAL

En el mundo imperan principalmente dos sistemas notariales. El más extendido es el sistema notarial de tipo latino o notariado latino, propio de aquellos sistemas jurídicos que provienen del Derecho romano-germánico, y que rige en América Latina, Europa continental, Japón, algunos estados de Estados Unidos y en parte de Canadá. El otro sistema es el anglosajón y rige en los países del *common law*, esto es, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y Australia, entre otros.

La doctrina jurídica propia del Derecho notarial de tipo latino coincide en considerar que la función notarial es una función pública, reconocida en la legislación de diversos países en los que rige el sistema jurídico romano-germánico. En el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino se definió al notario como un profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha señalado que el notario es un profesional del Derecho que, en forma imparcial e independiente, ejerce una función pública, consistente en autenticar, redactar, conservar y reproducir los documentos, así como asesorar de manera imparcial a quienes soliciten su intervención, incluyéndose la certificación de hechos.

En estricto, el notario es un profesional que ejerce en forma privada una función pública; definición esta en la que se aprecia la naturaleza dual de la función notarial, que es actividad

privada y a la vez función pública. Actividad privada en cuanto brinda servicios de asesoría jurídica en la composición de actos jurídicos. Función pública por cuanto "el Estado ha delegado en el notario" las potestades o competencias para dar fe pública, controlar la legalidad de determinados actos y eliminar una incertidumbre jurídica mediante la tramitación de procedimientos no contenciosos.

Sin embargo, la función pública desarrollada por el notario no es una función pública común, aquella efectuada por funcionarios y servidores públicos en ejercicio de potestades públicas y dentro de la organización administrativa, sino que se trata de una función peculiar cuyas características la dotan de singularidad propia. En efecto, si bien se reconoce que el notario desarrolla una función pública o que desempeña un cargo público, lo cierto es que no constituye una autoridad integrante de la Administración Pública.

"La función notarial es una función pública que el notario ejerce de forma independiente sin estar encuadrado jerárquicamente entre los funcionarios al servicio de la administración del Estado u otras corporaciones públicas"⁴.

En la doctrina administrativa se diferencia a las personas estatales de las no estatales y a las de Derecho público de las de Derecho privado, existiendo personas estatales de Derecho público (por ejemplo, municipios) y de Derecho privado (por ejemplo, empresas públicas), así como personas no estatales de Derecho público (por ejemplo, colegios profesionales) y de Derecho privado (por ejemplo, concesionarios de servicios públicos). Sin embargo, resulta difícil insertar a los notarios en algunas de estas categorías.

Conforme a lo establecido en la Ley del Notariado, el ingreso en el notariado se efectúa mediante concurso público de méritos convocado por un colegio de notarios. Concluido este concurso el nombramiento del notario requiere la expedición de una resolución ministerial y el título otorgado por el Ministerio de Justicia. El número de notarios es cerrado, en Lima no debe haber más de 200, en las capitales de departamento no más de 40 y en las capitales de provincia no más de 20 (artículos 5 y 12 del Decreto Ley 26002, modificado por la Ley 26741). Esto no es sino la materialización de una técnica "concesional", por la que el Estado delega en un privado ciertas facultades especiales que este simplemente no ostentaba.

Es posible afirmar que son dos los aspectos de la función notarial sometidos al Derecho público, la atribución de competencias por parte de la ley (investidura de la fe pública, control de legalidad y tramitación de procedimientos no contenciosos) y el régimen de fiscalización y sanción al que se encuentran sometidos por instancias administrativas (el Colegio de Notarios y el Consejo del Notariado)⁶. Los demás aspectos de la actividad notarial, es decir, las relaciones jurídicas entre el notario y sus clientes, su poder de dirección empresarial y la administración de sus bienes y rentas, se encuentran sometidos al Derecho privado con las mismas limitaciones que cualquier actividad privada (fiscalización tributaria, zonificación urbana, normas laborales, etcétera).

En conclusión, la naturaleza jurídica de la función pública desarrollada por los notarios es especial y no asimilable a las categorías típicas de la organización administrativa. La función notarial es dual, es función pública y actividad privada. Lo relativo a la función pública deriva del hecho que la ley ha investido a los notarios con las potestades o competencias para dar fe pública, controlar la legalidad de determinados actos y eliminar una incertidumbre jurídica mediante la tramitación de procedimientos no contenciosos. Consecuencia de ello es que el ejercicio de dicha función se encuentra sometida a un régimen de fiscalización y control por parte de instancias administrativas.

3. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA REDUCCIÓN DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Cuando una persona va a comprar una casa espera que el vendedor sea el auténtico propietario y que a través del contrato de compraventa se transfiera a él —y solo a él— el derecho de propiedad sobre el inmueble, de tal forma que después nadie pueda contrariar el derecho adquirido. Lo que espera el comprador es seguridad jurídica. Si no existiera seguridad jurídica, es decir, si el comprador no pudiera oponer su derecho frente a terceros, los bienes no se transferirían (o ello sería muy costoso), los recursos no se asignarían a usos más eficientes, lo que impediría el desarrollo económico de una sociedad.

Para evitar ello, el Estado ha delegado en determinadas personas la función de dar fe pública. En lugar de ser funcionarios públicos de una entidad de la Administración Pública los

que den fe pública, el legislador ha optado, desde antaño, por la "privatización" del ejercicio de esta función, de modo tal que sean privados autónomos e imparciales, y no entes públicos, los que la ejerzan. Como se ha señalado, los notarios son profesionales privados que ejercen una función pública por delegación. El legislador ha considerado que es mucho más conveniente que sean privados, debidamente calificados y sujetos a control público, los que reciban, interpreten y otorguen forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales y expidiendo copias que den fe de su contenido.

El ejercicio privado de la función notarial significa para el Estado ahorro en recursos públicos, pues no representa gasto para este (ya que no realiza inversión o financiamiento alguno). Los registradores públicos ya no tienen que dar fe pública, sino que se limitan a examinar los títulos contenidos en los instrumentos públicos expedidos por los notarios. En ese contexto, la labor notarial se traduce en un "filtro de legalidad" de los actos jurídicos que se inscriben en los registros públicos.

El resultado de tal filtro, es que "los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y exactitud. La presunción de legalidad comporta que el acto o negocio jurídico que formaliza el documento reúne los requisitos legales requeridos para su validez y, particularmente, que el consentimiento de los otorgantes se ha manifestado en presencia del notario libre y conscientemente. La presunción de exactitud significa que los hechos que el documento relata y que han sido presenciados por el notario, o que a este le conste por notoriedad, se reputan ciertos".

Como puede verse, los notarios filtran los actos jurídicos que son aptos para ser presentados al registro. Ellos identifican a las partes, verifican su capacidad, examinan los poderes y los títulos, evalúan la legalidad del contenido de los actos y los transcriben a instrumentos que cumplen rigurosos requisitos formales (protocolización). Un segundo filtro lo realizan los propios registradores al calificar la legalidad de los títulos presentados. Solo se inscriben los actos jurídicos que han sido examinados en una primera instancia por los notarios y en una segunda por los registradores. Sin embargo, los agentes económicos pueden falsear información e inducir a error

a notarios y registradores, supuesto en el cual se activa otro mecanismo en procura de salvaguardar la seguridad jurídica: el Poder Judicial.

Se advierte del análisis expuesto que la seguridad jurídica, entendida como la aptitud de los derechos para ser oponibles frente a terceros, es un concepto que al Estado le interesa proteger en aras de que en el mercado se desarrollen normalmente las transacciones, pero cuya protección corresponde a todo el sistema en su conjunto y no solo a uno de los actores involucrados. En este sentido, la generación de seguridad jurídica no es una atribución exclusiva de los notarios o de los registradores o del Poder Judicial, sino que más bien es fruto de la interacción conjunta de estas instituciones. En definitiva, la labor notarial viene a constituir un engranaje más dentro de la estructura institucional diseñada para generar seguridad jurídica.

Esta seguridad jurídica, por su parte, tiene como objetivo reducir lo que se conoce como "costos de transacción". En efecto, cuando el notario legaliza la firma de una persona en un documento determinado, un tercero podrá contratar o tomar algún tipo de decisión sobre la base de dicho documento considerando que la firma ahí consignada corresponde a la persona identificada por el notario, situación que reduce costos pues el tercero no tendrá que averiguar la autenticidad de la firma. De igual manera, cuando el apoderado de un acreedor se dirige al deudor para cobrar la suma debida, el pago se realizará fácilmente debido a que el deudor no tendrá que incurrir en costos para verificar si el apoderado cuenta o no con las facultades para actuar en representación del deudor, sino que le bastará que el apoderado le presente una carta poder con firma legalizada por notario o un poder fuera de registro, según la cuantía del crédito. Lo mismo se puede decir respecto a los procesos no contenciosos; el notario reduce los costos de transacción al declarar quiénes son los herederos del causante y cuando sanciona los lindes de un predio.

Como se puede ver, cuando el notario da fe pública sobre un acto, hecho o suceso, genera seguridad jurídica y esta seguridad reduce costos de transacción; así también, cuando tramita un proceso no contencioso, elimina una incertidumbre jurídica y esta eliminación reduce costos de transacción. La función notarial debe ser entendida como un eslabón más de la cadena institucional (notarios-administración pública

[registradores]-jueces) que genera seguridad jurídica o elimina una incertidumbre jurídica con el fin de reducir costos de transacción. Su fundamento es coadyuvar con otras instituciones para que las personas conozcan quién es el titular de los recursos que se negocian en el mercado, para que sobre la base de esta información puedan tomar las decisiones que mejor se adapten a sus intereses y posibilidades.

4. LA FUNCIÓN NOTARIAL EN RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

Cuando el Estado delega o cede en los privados atribuciones o prerrogativas públicas (genéricamente denominada "técnicas concesionales"), no existe impedimento alguno para que dichos particulares cobren precios en régimen de competencia por los servicios prestados. El mejor ejemplo lo constituye la concesión de servicios públicos¹¹. En efecto, por medio de este tipo de concesiones, el Estado transfiere temporalmente al sector privado el ejercicio de una prerrogativa pública, que es la gestión del servicio público, pero por la prestación del mismo el concesionario privado cobra una tarifa sujeta a la libre competencia, que es lo que ocurre, por ejemplo, con el servicio público de telefonía móvil¹² o el de distribución de radiodifusión por cable.

La situación es distinta cuando el servicio público es prestado en condiciones de monopolio natural¹³, supuesto en el cual se justifica la intervención reguladora del Estado a través de la fijación administrativa de precios máximos; ello para evitar la imposición de precios monopólicos en perjuicio de los consumidores. Tal es el caso del servicio público de telefonía fija o el suministro de agua potable. Ahora bien, el servicio notarial no es uno prestado en condiciones de monopolio natural sino que, por el contrario, es posible apreciar la existencia de más de un notario en un mercado geográfico determinado. Así, por ejemplo, en la ciudad de Lima existen 140 notarios.

Cuando Stephen Breyer se refería a la regulación de los servicios públicos realizaba ciertas advertencias, que muy bien pudieran trasladarse al presente caso de una manera análoga. Él sostenía: "La primera advertencia es que uno debe hacerse una pregunta que parece obvia, pero que es fundamental: ¿pertenece la industria que queremos regular al tipo de industria que debería ser regulada. [...] Aunque esta última es la

justificación clásica a favor de la regulación económica, muchas industrias que no tenían dichas características han sido reguladas"¹⁴.

Breyer contaba su experiencia en la desregulación del sector aerocomercial cuando trabajaba en el Senado de Estados Unidos. Cuando los precios de los pasajes aéreos estaban regulados los aviones volaban prácticamente vacíos. Era una situación agradable, considerando que los pasajes de la mayor parte de los viajeros eran pagados por sus empresas; había muchos aviones con asientos vacíos para poner el maletín y la comida era buena, desgraciadamente el precio era muy alto.

"Lo que quiero subrayar es que desregulamos la parte económica de una industria, no las condiciones de seguridad. La regulación de precios no era necesaria e impedía que la gente obtuviera lo que quería, que eran pasajes baratos"¹⁵.

En el caso de los notarios se ha desregulado la parte económica de los servicios. Así, no existe razón que justifique que el servicio notarial no sea prestado en régimen de libre competencia, régimen en el que los notarios compiten entre sí por ofrecer un mejor servicio y a los menores precios posibles. En definitiva, y por encima del estándar mínimo de calidad que el ordenamiento jurídico debería exigir (calidad, por cierto, cuya fiscalización y control corresponde al Estado), los notarios pueden competir por quien provee entre sí por ofrecer un servicio con la mejor calidad y al menor costo posible, lo que en términos económicos significa eficiencia. Los notarios deben competir entre sí de modo que aquellos que sean los más eficientes serán premiados con una mayor cantidad de clientes.

En mercados en los que la competencia resulta tecnológicamente y económicamente posible, los precios constituyen el resultado de decisiones adoptadas de manera descentralizada por oferentes y demandantes de bienes y servicios. Son estos agentes quienes deciden cuánto desean comprar y vender, con qué características y condiciones de calidad y a qué precios. Esta libertad de decisión por parte de los agentes privados es la base del funcionamiento de cualquier economía social de mercado.

Además de ser el resultado de decisiones privadas entre oferentes y demandantes, en una economía social de mercado, los precios cumplen el rol de brindar información relevante a los agentes económicos acerca de la escasez de los recursos y de las condiciones de oferta y demanda de un



determinado mercado. Dicha información constituye a su vez un insumo importante para que los agentes económicos adopten sus decisiones de consumo y producción.

Finalmente, el sistema de precios es uno de los principales mecanismos¹⁶ a través de los cuales las empresas compiten en el mercado. Los precios constituyen una variable estratégica importante que utilizan las empresas para ampliar sus mercados y captar un mayor número de clientes. Simultáneamente, la información de precios de mercado que reciben las empresas incentiva a estas últimas a aumentar su eficiencia, reducir sus costos y mejorar la calidad de los productos que ofrecen en el mercado, todo ello en beneficio de los consumidores. Más aún, la existencia de precios diferenciados para un determinado producto podría reflejar las variedades en términos de calidad y de satisfacción de preferencias específicas de ciertos tipos de consumidores.

El sistema competitivo se caracteriza, pues, por su extraordinaria dinámica. El empresario tiene que ocuparse continuamente por mantener la competitividad de su empresa, para no perder clientes. Tiene que preocuparse de los progresos tecnológicos que van apareciendo, de las actuaciones de sus competidores, de los gustos y demandas de sus clientes, de abaratar sus costos, de la distribución, de la publicidad y promoción de sus productos o servicios, etcétera. Y el riesgo, si no mantiene esa dinámica continua, es el de tener pérdidas e incluso desaparecer del mercado¹⁷. Entonces, ¿por qué no puede aplicarse la misma lógica a los notarios?, ¿por qué no considerar cuestiones de eficiencia en los servicios notariales?

A través de la libre competencia, y no de un arancel notarial, es posible conseguir que los precios de los servicios notariales sean los más bajos, sin mermar la calidad exigida por la ley. Precisamente el notario conserva en régimen privado su poder de dirección empresarial y la administración de sus bienes y rentas. Lo que el legislador espera es que los notarios sean eficientes en la administración y gestión de su despacho, reduzcan sus costos y cobren a los usuarios precios competitivos¹⁸.

Como bien lo ha señalado Breyer, si "la empresa está regulada y la tarifa resulta perfecta, no habría ningún estímulo para reducir los costos". En efecto, aquel "escrupuloso análisis de costos", que refiere el CNL, toma en cuenta

la decisión de un ser humano (o grupo de intereses), reemplazando al mercado.

En términos generales, el control de precios no es considerado entre los mecanismos que buscan solucionar el problema de subprovisión de los bienes públicos ni de la calidad mínima de los servicios. En este sentido, no existe conexión lógica entre el carácter de bien público de la seguridad jurídica y la necesidad de regular los precios de servicios relacionados con ella. Cabe mencionar que admitir lo contrario implicaría que se deba fijar administrativamente precios a todos los bienes y servicios que puedan generar algún tipo de externalidad, como los alimentos y las medicinas, entre otros¹⁹.

Si bien existen fundadas razones para proteger la seguridad jurídica y considerar algún tipo de intervención del Estado a través de mecanismos de control de la entrada en el mercado que garanticen niveles mínimos de competencia técnica y solvencia moral de quienes estén interesados en realizar la función notarial; ello no es en absoluto incompatible con la existencia de una leal y honesta competencia en los precios que se cobran por dichos servicios en este mercado. Un sistema como este busca la eficiencia económica de los agentes involucrados.

La fijación administrativa de los aranceles notariales, tal como lo planteó el proyecto de ley del CNL, tendrá el efecto de eliminar los beneficios que produce la libre competencia: menores precios, mejor calidad, mayor variedad y una más rápida distribución.

Con el objetivo de analizar el impacto de la competencia en el mercado notarial durante los últimos años, la Gerencia de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi)²⁰ comparó los precios actualmente vigentes de un conjunto de servicios brindados por las notarías de Lima Metropolitana²¹ y los precios debidamente actualizados del Arancel Notarial de 1993. En lo que se refiere al Arancel Notarial, este se actualizó con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y se le agregó el Impuesto General a las Ventas para que sea comparable con los precios vigentes.

Como se observa en el cuadro, la diferencia entre los precios actualizados del arancel notarial y los precios vigentes en la fecha del levantamiento de la información fluctúa de 4,7 (carta notarial en el mismo distrito) a 117,7 por ciento (copias certificadas), lo que indica que la



competencia en el mercado de servicios notariales generó un beneficio para los consumidores. Por otro lado, la elevada desviación estándar de los precios vigentes en la fecha de levantamiento de la información sugiere que la competencia en el mercado ha generado una variedad importante de tarifas para el mismo servicio, lo que incrementa el acceso a los servicios notariales de personas con escasos recursos económicos.

Comparación de precios de servicios notariales

	Precio promedio 1/	Arancel notarial 2/	Var. %	Desviación estándar 3/
Carta notarial en el mismo distrito	18,7	19,6	4,7	7,5
Carta notarial en un distrito ubicado a menos de 15 km del distrito notarial	25,4	32,7	28,6	6,0
Copias certificadas	9,0	19,6	117,7	6,0
Legalización de firmas	9,1	11,4	25,6	5,3

1/ Vigente del 7 de febrero al 7 de marzo de 2003.

2/ Vigente en 1993.

3/ Desviación estándar de los precios vigentes.

Fuente: Notarías de Lima Metropolitana.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Uno de los argumentos planteados por el CNL es que el arancel notarial evita la incertidumbre de los usuarios respecto del monto que deben pagar. Así, el CNL privilegia la predictibilidad del precio sobre la reducción del mismo. A nuestro criterio, si se dejara a los consumidores elegir entre una situación en la que existe un precio fijo de 100 y otra en la que hay la incertidumbre de pagar entre 80 o 90, definitivamente preferirán la segunda situación. No obstante, en un régimen de competencia igualmente existe predictibilidad. Según las normas de protección al consumidor, los notarios están obligados a publicar sus precios en sus respectivos establecimientos, por lo que es fácil para los consumidores identificar los precios ofrecidos en diversas notarías (acercándose a los locales o preguntando por teléfono) y escoger la que más convenga a sus intereses y posibilidades. Sin perjuicio de ello, el Estado, a través del Ministerio de Justicia, podría diseñar mecanismos de publicación comparativa de los precios de las distintas notarías, a fin de reducir los costos de búsqueda asociados a la demanda de servicios notariales.

Relacionado con lo anterior, está el argumento esgrimido por el CNL en el sentido de que, si

bien la competencia induce a la disminución de los precios, ello ocasiona que la calidad del servicio notarial se deteriore en perjuicio de los usuarios. Sobre este punto, conviene recordar que no cualquier abogado es notario público en este país; es necesario cumplir con determinadas cualidades personales y aprobar el concurso público de méritos realizado por cada colegio de notarios. Así, es importante partir de la premisa de que los notarios son abogados escogidos sobre la base de sus cualidades profesionales y morales. Ello implica que los notarios deben estar en la capacidad de brindar un servicio idóneo a sus usuarios y, al mismo tiempo, ser eficientes en la administración de su despacho. A criterio nuestro, no existe incompatibilidad para que un notario reduzca eficientemente sus costos y brinde un servicio de calidad a sus usuarios.

Por el contrario, si hay notarios que por captar más clientes reducen sus precios pero brindan un servicio de muy mala calidad, es deber de los colegios de notarios sancionar y separar a dicho profesional. Recordemos que la calidad del servicio notarial es supervisada y controlada por los colegios de notarios. Estos entes tienen como función vigilar el cumplimiento por parte del notario de las leyes y reglamentos que regulan la función notarial; velar por el decoro profesional, el cumplimiento del Código de Ética del Notariado y acatamiento del estatuto del respectivo colegio; establecer el régimen de visitas de inspección ordinarias y extraordinarias; y aplicar en primera instancia las sanciones previstas en la ley. En este sentido, nada impide que los colegios de notarios exijan a sus agremiados estándares elevados de calidad y sancionen eficazmente su incumplimiento. Uno no condiciona lo otro.

El CNL refirió que la fe pública no es una mercancía más. Entonces ¿qué podría pensarse de los centros de arbitraje en el Perú que compiten entre ellos (sobre todo en su estructura de costos) para ser sede de un proceso arbitral, cuando esto involucra una función jurisdiccional? Definitivamente, la fe pública no es una mercancía, es un concepto asociado a la seguridad jurídica; lo que importa, y es lo relevante para el análisis que se viene efectuando, es que los notarios están en la capacidad de competir por brindar un servicio eficiente que otorgue seguridad jurídica a los ciudadanos y a las empresas.

El marco regulador peruano ha considerado un mecanismo de control *ex ante* para la entrada

en el mercado, en el que, como se señaló, interviene en primera instancia el Colegio de Notarios y, en segunda, el Estado a través del Ministerio de Justicia. El papel que juega dicho control de la entrada en el mercado consiste en garantizar niveles mínimos de competencia técnica y moral de aquellos que deseen realizar la función notarial. Adicionalmente, existen mecanismos de control *ex post* (a cargo del Colegio de Notarios y del Ministerio de Justicia), que tienen por objeto garantizar de manera permanente la idoneidad del servicio notarial.

La adecuada fiscalización y control por parte de los colegios de notarios y los incentivos en eficiencia generados por la libre competencia son los factores determinantes que permiten que los usuarios y consumidores reciban el mejor servicio notarial. En efecto, corresponderá a los colegios de notarios determinar, en función de lo prescrito en las normas legales, reglamentarias y estatutarias, fijar la calidad mínima con la que se debe brindar el servicio notarial. Por su parte, por encima de dicha calidad, corresponderá a los notarios gestionar eficientemente su despacho y cobrar a sus clientes precios competitivos.

Si el problema viene dado por la deficiente calidad de los servicios que prestan ciertos notarios, quizá lo más conveniente sea replantear el sistema de fiscalización. Según el diseño actual, en primera instancia la fiscalización y sanción le compete al Colegio de Notarios, que viene a ser no otra cosa que el gremio de los notarios. Es decir, en lugar de tratarse de una "heterofiscalización", estamos ante una "autofiscalización". Incluso en segunda instancia, en el Consejo del Notariado, hay dos notarios dentro de un cuerpo colegiado de seis miembros (ver nota a pie de página 6). Lo que puede apreciarse es que, en rigor, la fiscalización no está a cargo de un organismo externo a los intereses de los notarios.

En ese sentido, es sugerente que la fiscalización de la función notarial esté a cargo de un organismo independiente del Colegio de Notarios. Podría tratarse, por ejemplo, de un órgano colegiado ubicado en la estructura del Ministerio de Justicia, en el que ninguno de sus miembros sea un notario. La segunda instancia podría ser el Ministro de Justicia.

5. MERCADOS CONTESTABLES

Pueden existir lugares donde solo hay un notario, especialmente aquellos donde podría pensarse

que por el número de habitantes no es necesario que haya más de uno.

Al respecto, considerando que el artículo 61 de la Constitución establece que ninguna ley (entendida como toda norma legal) puede autorizar o establecer monopolios, no puede permitirse que en una determinada jurisdicción solo un notario esté autorizado a prestar servicios notariales, pues ello significaría conceder un monopolio legal, lo cual está expresamente proscrito por el texto constitucional.

De hecho, así se trate de una circunscripción territorial con escasa población, debe autorizarse la participación de más de un notario así no todos los autorizados participen en el mercado, pues su sola presencia permitirá un mercado contestable: en el que los precios fijados por el monopolista (el único notario que participa en el distrito notarial) se encuentren disciplinados por cualquiera que, debidamente autorizado, pueda ingresar fácilmente en el mercado y captar las ganancias "monopólicas" de aquel.

Nos explicamos: si bien el mercado de servicios notariales no es contestable debido a que para ejercer esta actividad se requiere obtener una autorización especial, lo cual constituye una significativa barrera a la entrada, hablamos de "contestabilidad" cuando en el mercado en cuestión (la circunscripción territorial con escasa población) hay dos o tres notarios autorizados, aunque solo uno de ellos esté operando. Así, si bien el único que ejerce la actividad podría ser considerado un monopolista, en la medida que hay uno o dos abogados (autorizados) que en cualquier momento pueden prestar servicios notariales, los precios del supuesto monopolista no serán elevados debido a la potencial entrada de competidores. En efecto, si el supuesto monopolista incrementara excesivamente el precio de sus servicios notariales, los autorizados podrían decidir operar ante la expectativa de apropiarse de las ganancias extraordinarias que hay en el mercado. Como esto es algo que perjudicará a nuestro supuesto monopolista, este se verá incentivado a cobrar precios lo suficientemente bajos que le generen utilidad y, al mismo tiempo, eviten la entrada de competidores.

Mención aparte resulta discutible que la propia ley determine un número cerrado (*numerus clausus*) de notarios para la capital de la República, de un departamento o de una provincia, lo cual se perfila como una barrera de entrada. Este problema se evitaría si no existiera

tal restricción (lo cual generaría una auténtica "contestabilidad" en el mercado de servicios notariales¹). La suposición de que se generen niveles competitivos no solo es posible a partir del número de notarios que existen en el mercado, sino también de la posibilidad de que ingresen otros tantos.

6. CONCLUSIONES

La función notarial es dual, es función pública y actividad privada. Lo relativo a la función pública deriva del hecho que la ley ha investido a los notarios con las potestades o competencias para dar fe pública, controlar la legalidad de determinados actos y eliminar una incertidumbre jurídica mediante la tramitación de procedimientos no contenciosos. Consecuencia de ello es que el ejercicio de dicha función se encuentra sometido a un régimen de fiscalización y control por parte de instancias administrativas.

La función notarial debe ser entendida como un eslabón más de la cadena institucional (notarios-registradores-jueces) que genera seguridad jurídica o elimina una incertidumbre jurídica con el fin de reducir los costos de transacción. El fundamento de la función notarial es coadyuvar, con otras instituciones, para que las personas conozcan quién es el titular de los recursos que se negocian en el mercado y sobre la base de esta información puedan tomar las decisiones que mejor se adapten a sus intereses y posibilidades.

En el caso de los servicios notariales, el marco regulador peruano ha considerado un mecanismo de control *ex ante* de la entrada en el mercado, en el que interviene en primera instancia el Colegio de Notarios y, en segunda, el Estado a través del Ministerio de Justicia. El papel que juega dicho control de la entrada en el mercado consiste precisamente en garantizar niveles mínimos de competencia técnica y moral de aquellos que deseen realizar la función notarial. Adicionalmente, existen mecanismos de control *ex post* (a cargo del Colegio de Notarios y del Ministerio de Justicia) que tienen por objeto garantizar de manera permanente la idoneidad del servicio notarial.

Si bien existen fundadas razones para proteger la seguridad jurídica y considerar algún tipo de intervención del Estado, a través de mecanismos de control de la entrada en el mercado, que garanticen niveles mínimos de competencia técnica y solvencia moral de quienes estén interesados en

realizar la función notarial, ello no es en absoluto incompatible con la existencia de una leal y honesta competencia en precios en el mercado de servicios notariales.

Si tal como menciona el CNL existe un problema que viene dado por la deficiente calidad de los servicios que prestan ciertos notarios, lo más conveniente será reforzar el sistema de fiscalización. Según el diseño actual, en primera instancia la fiscalización y sanción le compete al colegio de notarios correspondiente, es decir, estamos ante un esquema de "autofiscalización". Incluso en segunda instancia, en el Consejo del Notariado adscrito al Ministerio de Justicia, hay dos notarios dentro de un cuerpo colegiado de seis miembros. En este sentido, una alternativa sería asignar a un ente autónomo dependiente del Ministerio de Justicia labores de fiscalización y/o supervisión de la calidad de los servicios notariales.

Los beneficios del sistema de precios flexibles en el mercado de servicios notariales se han venido reflejando en el sensible descenso de los precios, desde que se eliminó el arancel notarial hasta la fecha, que para una muestra de servicios consultados ha oscilado de 5 a 118 por ciento. Debido a ello y a otros beneficios propios de un sistema de precios flexibles, debe mantenerse el régimen actual y no restituirse el arancel notarial.

La regulación estatal y los mecanismos de control y fiscalización *ex post* deben encargarse de garantizar que el servicio notarial sea prestado bajo determinadas condiciones mínimas de calidad y seguridad. La libre competencia se encargará de incentivar la eficiencia en la administración de los despachos notariales, de modo que estos ofrezcan sus servicios a los consumidores al menor precio posible. Estos menores precios se traducirán en una reducción de costos de transacción que beneficiará a la economía en general.

NOTAS

- 1 Es función del notario extender instrumentos públicos notariales dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley. Los instrumentos públicos notariales producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie. Los instrumentos públicos pueden ser protocolares o extraprotocolares. Los primeros son las escrituras públicas, los testamentos y las actas de protesto y de transferencia de



bienes muebles registrables. Los segundos son las actas de autorizaciones para viaje o matrimonio de menores, destrucción de bienes, entrega, actuaciones de órganos de personas jurídicas, licitaciones, concursos, remates, subastas, inventarios, sorteos y entrega de premios, así como las certificaciones de la entrega de cartas notariales, expedición de copias certificadas, legalización de firmas, reproducciones y apertura de libros, constatación de domicilios y de supervivencia (según el Decreto Ley 26002 y las leyes 26883 y 27839).

Adicionalmente, los notarios certifican y verifican la documentación que se adjunta al formulario registral necesario para la regularización de edificaciones y tramitan asuntos no contenciosos, como la rectificación de partidas, adopción de personas capaces, patrimonio familiar, inventarios, comprobación de testamentos, sucesiones intestadas, y tramitan, en los casos que no haya oposición de terceros, los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio, primera inscripción de dominio y saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas de terreno (según el Decreto Ley 26662 y las leyes 27157, 27333 y 28325).

- 2 Segundo párrafo del numeral 5 de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de junio de 2001, publicada el 6 de abril de 2002, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima (CAL) contra la Ley 26741, que autoriza al Ministerio de Justicia convocar a concurso público de méritos para notarios públicos.
- 3 Según la Ley del Notariado, Decreto Ley 26002, el notario es el profesional del Derecho autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello, formaliza la voluntad de los otorgantes, redacta los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función comprende también la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos (artículo 2 del Decreto Ley 26002, modificado por la Primera Disposición Final de la Ley 26662).
- 4 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Doctrina notarial internacional*. Segunda edición. México D. E.: Porrúa, 2001, p. 21.
- 5 "De todos modos, es obligado señalar que la fórmula más habitual para llevar a cabo la ordenación del derecho de libertad económica es, sin duda alguna, la autorizatoria [...] Se trata de un procedimiento que, en la práctica y de acuerdo con la ordenación positiva que en cada caso lo establece, presenta una heterogeneidad tal de variantes, que resulta imposible reconducirlo constitucionalmente a una sola realidad..." (Carello, Luis. "Concesión de obras y servicios públicos: técnicas concesionales", en revista *La Ley*, 1992-A. Buenos Aires, p. 674).
- 6 Los notarios de una determinada jurisdicción (el ámbito territorial de la función notarial es provincial), denominada

distrito notarial, forman parte de un Colegio de Notarios, que es una persona jurídica de Derecho público, cuyo funcionamiento se rige por un estatuto. Los referidos notarios conforman la Asamblea General, que es el órgano supremo del Colegio de Notarios, el cual es dirigido por una Junta Directiva, compuesta por un decano, un fiscal, un secretario y un tesorero. Los distritos notariales de la República son 22. Los colegios de notarios forman un organismo denominado Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú.

El esquema legal del régimen disciplinario está diseñado de modo tal que la supervisión de los notarios es competencia del Colegio de Notarios, en primera instancia, y del Consejo del Notariado, en segunda, con cuya resolución queda agotada la vía administrativa.

El Consejo del Notariado es el órgano del Ministerio de Justicia que ejerce la supervisión del notariado, el cual se encuentra formado por:

- El ministro de Justicia o su representante, quien lo preside.
- El fiscal de la Nación o el fiscal supremo o superior, a quien se delegue.
- El decano del Colegio de Abogados de Lima (CAL) o un miembro de la Junta Directiva a quien delegue.
- El presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú o un miembro de su Consejo Directivo a quien delegue.
- El decano del Colegio de Notarios de Lima o un miembro de su Junta Directiva a quien delegue.
- Un funcionario del Ministerio de Justicia, quien actuará como secretario, con voz pero sin voto.

La disciplina del notariado es competencia, en primera instancia, del Colegio de Notarios (en algunos casos de la Junta Directiva y en otros de la Asamblea General), y en segunda, del Consejo del Notariado, con cuya resolución queda agotada la vía administrativa. Las sanciones que pueden ser impuestas a los notarios son amonestación, suspensión y destitución.

- 7 Los agentes económicos realizan infinidad de transacciones y operaciones: compraventas, hipotecas, prendas, constitución de personas jurídicas, poderes, acuerdos societarios, etcétera, los cuales deben inscribirse para gozar de la "oponibilidad" (seguridad jurídica) que el registro público otorga.
- 8 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op. cit., p. 22.
- 9 Corresponde a este poder estatal dejar sin efecto los asientos registrales que han sido anotados incorrectamente o con violación del ordenamiento jurídico. Al respecto, el artículo 2013 del Código Civil señala que el contenido de una inscripción registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.
- 10 "Los costos de transacción son los costos del intercambio y este tiene tres pasos: primero, debe localizarse un socio



para el intercambio, lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender, o vender lo que se quiere comprar. Segundo, deberá llegarse a un arreglo entre las partes que intercambian. Este arreglo se logra mediante una negociación exitosa, lo que podría incluir la redacción de un convenio. Tercero, una vez celebrado un acuerdo, deberá ejecutarse. La ejecución implica monitorear el cumplimiento de las partes y castigar las violaciones del acuerdo. Podemos llamar a las tres formas de los costos de transacción en correspondencia con estos tres pasos de un intercambio: 1) costos de la búsqueda, 2) costos de arreglo y 3) costos de la ejecución" (Cooter, Robert y Ulen, Thomas. *Derecho y Economía*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 120-121).

- 11 "En el derecho público moderno la doctrina tiende a uniformizarse en torno al concepto de la concesión administrativa, pudiendo señalarse de ella dos acepciones básicas: a) Acepción amplia: según esta forma, la concesión administrativa sería el acto o contrato administrativo que 'crea', a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo, o que le transfiere un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carece absolutamente. b) Acepción restringida: en esta forma de entender la concesión administrativa, esta es un acto o contrato administrativo que otorga al particular el derecho o goce de una cosa o competencia del ente público, o bien el acto o contrato administrativo que transfiere al particular derechos propios de la Administración" (Zegarra, Diego. "Concesión administrativa e iniciativa privada", en revista *Themis*, número 39, Lima, 1999, pp. 101-102).
- 12 En la actualidad no hay regulación tarifaria ni respecto al servicio público que recibe el usuario (por la "originación" de la llamada) ni respecto al cargo de interconexión entre operadores (por la "terminación" de la llamada). Sin embargo, es bastante probable que en el futuro el segundo aspecto se somera a un régimen de regulación por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).
- 13 Un monopolio se define como natural cuando el costo de abastecer al mercado es mínimo al ser realizado por una única empresa, como consecuencia de una característica tecnológica denominada "subaditividad de costos". Se entiende que hay subaditividad de costos cuando en un determinado nivel de producción (de un bien o servicio simple o compuesto) el costo de producir ese bien o servicio es menor cuando se produce bajo decisiones centralizadas (una sola empresa) que bajo decisiones descentralizadas (por varias empresas o unidades productivas independientes). Los factores que determinan la subaditividad de costos son las economías de escala (el costo unitario de producir unidades adicionales disminuye en cuanto aumenta la producción), las economías de alcance o de ámbito (el

costo de producir distintos productos de manera conjunta es menor) y la presencia de altos costos hundidos (costos que una vez realizados no se pueden recuperar total o parcialmente).

- 14 Breyer, Stephen. "¿Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública?". Conferencia. En *Estudios Públicos*, número 78, 2000, p. 29.
- 15 *Ibidem*, p. 31.
- 16 Si bien existen otros atributos de los productos que el consumidor toma en cuenta al adoptar su decisión de consumo, el precio suele constituir uno de los elementos de decisión más importantes, en especial, en el caso de consumidores de segmentos de bajos ingresos.
- 17 Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto. *Apuntes de Derecho mercantil*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000, p. 266.
- 18 Como bien lo señalaba Breyer, si "la empresa está regulada y la tarifa resulta perfecta, no habría ningún estímulo para reducir los costos". En efecto, aquel "escurrido análisis de costos" que refiere el CNL, toma en cuenta la decisión de un ser humano (o grupo de interés) reemplazando al mercado.
- 19 "Walter Block ridiculiza la pretensión de que el gobierno intervenga cuando hay externalidades, y ofrece un ejemplo de beneficios externos que se refiere a sonrisas atractivas de lo cual concluye que no se desprende que se deba cobrar impuestos a los observadores y, para el caso, tampoco se justificaría que el gobierno compense a las personas que les resulta desagradable como se visten otros o el modo en que cultivan un jardín expuesto a la mirada de terceros" (Benegas-Lynch, Alberto. Op. cit., p. 3).
- 20 Ver Informe 030-2003/GEE del 4 de abril de 2003.
- 21 Los distritos considerados fueron Comas, Independencia, Los Olivos, Santa Anita, San Juan de Lurigancho, El Cercado, La Victoria, San Borja, Surco, Barranco, Jesús María, Lince, Magdalena del Mar, Miraflores, Pueblo Libre, San Isidro, San Miguel, Surquillo, San Juan de Miraflores, Villa El Salvador, Chosica y San Bartolo.
- 22 Un mercado es contestable cuando las barreras a la entrada son bajas o nulas, de modo que los precios de la empresa establecida se encuentran disciplinados por la eventual entrada de competidores.
- 23 Decreto Ley 26002 (modificado por el artículo 4 de la Ley 26741).- "Artículo 5.- El número de notarios será no mayor de doscientos en la capital de la República; no mayor de cuarenta en las capitales de departamentos; y no mayor de veinte en las capitales de provincias, incluida la Provincia Constitucional del Callao [...]".
- 24 Aunque un excesivo número de notarios, por cierto, podría generar una sobreoferta destructiva y problemas de fiscalización. ¿Cuántos notarios debería haber en Lima? ¿Solo 200 como dice la ley? ¿Por qué no 250 o 300? En un escenario de libre entrada, ¿cuántos notarios establecería el libre juego de la oferta y la demanda?