

La privación del derecho por el Registro de la Propiedad: requisitos

Deprivation of rights by the Register, requirements

por

ENRIQUE RAJOY BREY
Ex Secretario General del CINDER (2003-2010)
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: El trabajo comienza determinando la función de los Registros que, cuando se trata de Registros de derechos, no es solo la de proteger y publicar los derechos, sino también la de asignarlos. Este hecho explica la capacidad «expropiatoria» que en ellos la inscripción tiene, ya que el error en su extensión puede producir su pérdida para el titular «verdadero» o civil. Seguidamente y dado el carácter de derecho humano que la legislación europea atribuye a la propiedad, se analiza si esta posible privación reúne los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige para que pueda considerarse ajustada a Derecho. Tales requisitos son cinco: existencia de una ley que le dé cobertura, presencia de un interés público que la justifique, proporcionalidad entre el beneficio obtenido por la colectividad y el medio elegido para su consecución, ejecución por un poder público y resarcimiento del daño causado. El estudio indica las dificultades que la concurrencia de estos requisitos plantea a los Estados lo que explica que, a pesar de la mayor ineficiencia de este sistema, algunos hayan optado por no atribuir al Registro la función dicha de asignar definitivamente derechos o sea, hayan optado por el Registro de títulos. Asimismo, respecto de aquellos que sí le han conferido este poder, repasa su diferente funcionamiento y organización, según la manera

en que cada uno de ellos cumple con las exigencias que la legislación europea impone para que dicha privación pueda darse.

ABSTRACT: The study starts by explaining the function of the Registers that, when we refer to Registers of rights, is not only to protect and publish the rights but also to assign them. This fact explains the expropriation powers that these kinds of Registers have. An error in the registration can causes the loss of the right for the «true» or civil title holder. Thereafter, and because of the condition of human right that the European legislation attributes to property, they analyse whether this possible deprivation fulfils the requirements that the jurisprudence of the European Court of Human Rights demands in order for it to be considered in accordance with the law. There are five such requirements: the existence of a law that foresees this effect of deprivation, a public interest that justifies it, proportionality between the benefit obtained by the community and the means used for its attainment, execution by the public power and payment of compensation. The study details the difficulties that the presence of these requirements causes to the States which explains that, despite the greater inefficiency of this system, some of them have opted not to assign to the Register said function of definitively attributing rights but have opted for a Title Register. Furthermore, in relation with those States that have granted the Register this power, it reviews the different ways they operate and are organised according to how each of them observes the exigencies that the European legislation imposes in order for this deprivation to be able to occur.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea.

KEY WORDS: Private Law of the European Union.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. B) PRIVACIÓN Y LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD. C) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SU FUNCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS POR EL REGISTRO: A) EXISTENCIA DE UNA LEY QUE PREVEA LA POSIBILIDAD DE QUE DICHA PRIVACIÓN TENGA LUGAR. B) CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA QUE JUSTIFIQUE LA PRIVACIÓN. C) PROPORCIONALIDAD ENTRE LA DECISIÓN Y EL FIN QUE SE PERSIGUE. D) DISPOSICIÓN DE LA PRIVACIÓN POR UN ÓRGANO QUE SE ENCUADRE DENTRO DE UNO DE LOS TRES PODERES QUE FORMAN EL ESTADO. E) INDEMNIZACIÓN QUE COMPENSE EL DAÑO CAUSADO.—CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A) EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

Uno de los equilibrios más difíciles de alcanzar en el mundo del Derecho es el que ha de darse en la resolución de los conflictos entre las normas de derecho público y privado, administrativo y civil principalmente. Los administrativistas suelen fundar la preferencia de las primeras en el diferente carácter de los intereses que unas y otras tutelan que, en un caso, sería el de la sociedad en su conjunto mientras que, en el segundo, se ceñiría al de algunos individuos concretos. Su argumentación ha sido contestada tanto por algunos constitucionalistas como por ciertos civilistas. Los primeros arguyen que el Estado nace de un contrato entre las personas y que, en virtud de las propias cláusulas de este acuerdo, ha quedado obligado a respetar sus derechos fundamentales y humanos de modo tal que ni siquiera el interés general constituiría una razón suficiente para vulnerarlos, salvo en el caso de que mediara una compensación proporcionada. De hecho, suelen razonar los representantes de esta tendencia, es difícil aducir ese interés cuando la tutela de los derechos de que hablamos constituye el motivo principal de la constitución del Estado Social y de Derecho, el bien (público) más importante. De otro modo, si fuera más allá de lo que el pacto le autoriza, se entendería que lo ha violado y, consecuentemente, los derechos de resistencia y de rebelión resurgirían. Por su parte, los civilistas acostumbran a destacar que las normas de derecho privado solo indirectamente tutelan los intereses particulares de los individuos. Más que la protección de estos, su finalidad sería la de conseguir la utilización más eficiente posible de los recursos, objetivo que, parece obvio, redundaría en beneficio de todos. Que dicha optimización demande una distribución desigual de los beneficios no es un argumento en contra de tal afirmación, salvo para los utópicos que condenan el ser en la medida en que se aleje de lo que ellos mismos consideran que constituye el «deber ser» e identifican este con la igualdad material y, quizá y también, con la identidad de las personas. Sin embargo, la eficiencia no solo no está reñida, sino que más bien exige la presencia de una política de redistribución que, sin eliminar el incentivo preciso para que el esfuerzo, el riesgo y la probidad existan, permita que la igualdad de oportunidades sea una realidad al tiempo que se asista a los individuos que, por cualquier circunstancia, carezcan de los medios necesarios para garantizar su dignidad.

Por último no hay que perder de vista que, a pesar de la afirmación en contrario de algunos teóricos liberales, el interés general no equivale a la suma de los diferentes particulares. Cíñendonos al ámbito de que hablamos, vemos que la seguridad jurídica es un bien público protegido por la Constitución Española (art. 9.3). Su vulneración no afecta pues al interés privado del titular

del derecho tutelado en cada supuesto particular. Golpea más allá al corazón mismo del Estado de Derecho.

La regulación de la propiedad es, sin duda, una de las cuestiones en las que la tensión de que hablamos es más manifiesta¹. Antes de la aparición del Estado moderno, del Estado institucional, el monopolio que los tres grandes estamentos (Iglesia, ejército y aristocracia) tenían sobre la tierra, el poder absoluto que este derecho les confería sobre ella, facilitó la proliferación de múltiples abusos que condujeron a la preconización de su desaparición². El desarrollo del Estado Social y de Derecho propició la fragmentación de la propiedad, su utilización como activo económico y la participación de un gran número de accionistas en las grandes sociedades. Se atemperó de este modo la extensión de estas teorías cuyo posterior fracaso práctico terminó de silenciar. Por su parte, el reconocimiento de su función social ha puesto fin a la concepción de la propiedad como un derecho que atribuye un monopolio de explotación y disfrute absolutos a su titular en perjuicio de los demás miembros de la comunidad hasta el punto de que, si el dueño decidiera destruirlos, estaría legitimado para ello. Hoy casi nadie discute tampoco que la propiedad privada favorece la optimización del aprovechamiento de un recurso tan escaso como la tierra³. La polémica se centra por un lado en precisar cuáles son los límites que han de imponerse a las facultades que la integran y, por otro, en determinar bajo qué condiciones y con qué requisitos es posible privar total o parcialmente de ella a su titular⁴.

La solución que se dé a estas cuestiones es importante porque no podemos olvidar que el derecho de propiedad constituye una garantía del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales al tiempo que personifica la libertad de las personas para autores tan significativos como LOCKE o HEGEL por lo que, según ellos, su privación por el Estado compromete el albedrío que define a aquellas. Al margen de los beneficios que aporta al bienestar general, estas notas explican su reiterado reconocimiento como derecho humano⁵. Así lo sancionaba ya el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 antecedente remoto del artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que dice: «1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad», y del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos de marzo de 1952, que reza textualmente: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que los Estados poseen de dictar las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

B) PRIVACIÓN Y LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD

En materia de limitaciones del derecho de propiedad existe un consenso bastante amplio que entiende que aquellas derivadas de la ordenación urbanística o de la protección del medio ambiente no constituyen una privación y que, por tanto, en estos casos, el titular afectado carece de derecho a obtener una compensación. Hablamos de restricciones tales como las limitaciones⁶ para edificar, para fijar el volumen y destino de las construcciones, para parcelar, para desecar humedales o usar las aguas de los manantiales que brotan en su terreno, para imponer determinadas servidumbres públicas, etc. Más difícil es concluir si ciertas leyes que imponen un uso único, concreto, determinado, al titular de un terreno pueden considerarse privación. R. ELLICKSON⁷ formula la siguiente regla: «si una ley, aunque explote un valor de uso de la propiedad de alguien, no obstante deja abiertos al propietario sustancialmente todos los usos de la propiedad que él previamente había escogido, no ha tenido lugar una apropiación, una expropiación para darle un uso, y no debe concederse una compensación, ... En el extremo opuesto, si una ley limita de tal forma el campo de opciones de uso del propietario que únicamente dispone de un solo uso específico legalmente permitido para la propiedad en cuestión, el Estado, en realidad (a pesar de que el propietario continúe conservando la posesión y la propiedad pueda aún tener un valor) ha requisado o asumido el control de la propiedad, para dedicarla a un servicio dictado por él y debe abonarse una compensación». Entre una y otra hipótesis existe una pluralidad de posibilidades cuya resolución, a propósito de si constituyen o no una privación, corresponde a los Tribunales⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en la sentencia *Sporrong y Lönnroth*, de 23 de septiembre de 1982, ha sostenido una interpretación amplia del concepto de privación de modo que no implica necesariamente una pérdida de la posesión ni del poder de disposición sobre el bien.

En cualquier caso, los textos citados contemplan la privación de la propiedad privada como una excepción. En el ámbito al que este trabajo se circunscribe (Europa), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido puliendo los requisitos que han de concurrir para que pueda tener lugar⁹. La necesidad de su presencia en cualquier proceso de privación de la propiedad nos lleva a concluir, en sentido contrario, que la ausencia de uno de ellos determinará la declaración de nulidad de la resolución que la disponga. En síntesis tales requisitos son: que exista una ley que la prevea, que concurra una causa de utilidad pública que la justifique, que haya una proporcionalidad entre la decisión y el fin que se persigue, que se disponga por un órgano que se encuadre dentro de uno de los tres poderes que forman el Estado y que medie una indemnización que compense el daño causado¹⁰.

La expropiación constituye, sin duda, el mecanismo más común a través del que la privación de un derecho opera. De ahí la existencia de una amplia

jurisprudencia y de trabajos doctrinales que se ocupan de ella. Sin embargo, suele olvidarse que el Registro de la Propiedad puede igualmente conllevar la privación del dominio o de alguna de las facultades que lo integran para la persona a la que, en principio y con arreglo a las normas del Derecho Civil, le correspondería su titularidad por haberla adquirido de acuerdo con lo preceptuado con carácter general en las mismas. Esta privación puede proceder bien de la falta de inscripción del derecho pero también, en los supuestos en los que el Registro lo es de derechos, del error (jurídico o material) cometido al tiempo de extender un asiento. Lógicamente, para que esta privación pueda ser posible, es preciso que, en ella, concurren los mismos requisitos que legitiman la expropiación. Si se optara por otra solución, nos encontraríamos ante una contradicción inaceptable. Dicho en otras palabras, de acuerdo con las normas internacionales citadas, sea cuál sea la vía a través de la que opera, la privación de la propiedad solo puede darse si concurren todos y cada uno de los requisitos citados. El presente trabajo analiza su concurrencia en el caso de que dicha privación proceda de la falta de inscripción o del error cometido al tiempo de practicarla.

C) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SU FUNCIÓN

Es frecuente afirmar que el Registro es la institución que protege¹¹ y publica los derechos reales inmobiliarios. La aceptación de esta definición explica que, tal y como se acaba de decir, los autores apenas se hayan planteado la legitimidad de la privación que la inscripción puede conllevar. El error consiste en suponer que, en los sistemas en que la inscripción es declarativa, la transmisión se opera al margen del Registro de manera tal que, como se acaba de indicar, este se limita a proteger al adquirente del derecho y a publicar este. Sin embargo, lo cierto es que, con independencia de su naturaleza declarativa o constitutiva, en un Registro de derechos, la inscripción es siempre el acto que los atribuye definitivamente¹². Solo así, solo si aceptamos, entendemos e interiorizamos esta verdad, podremos explicarnos cómo es posible que la inscripción provoque la privación del derecho que atribuye, sea la propiedad, sea otro derecho real. De esta afirmación se derivan dos consecuencias:

- a) Que en los Registros en que la inscripción es declarativa y en tanto que esta no se practica, el adquirente solo es titular frente a su transmitente pero, frente a los demás, este conserva dicha titularidad¹³.
- b) Que, una vez extendida la inscripción, el titular inscrito puede perder su derecho si, por error, el registrador lo inscribe nueva e indebidamente a favor de un tercero protegido, de un tercero amparado por la llamada fe pública del Registro.

Es importante destacar que, en esta última hipótesis, la atribución errónea vincula el posterior fallo judicial en el caso de impugnación de la inscripción. Dicho de otro modo, aunque el negocio inscrito que actúa como causa de la extensión del acta de inscripción del derecho sea declarado judicialmente nulo, la asignación del derecho que, en su virtud, se ha efectuado no decae ni, por tanto, el Tribunal puede anularla si la persona favorecida por ella reúne los requisitos que las respectivas legislaciones exigen para que tenga la condición de tercero hipotecario. Según acabamos de ver, Fernando MÉNDEZ apunta, acertadamente a mi entender, que esta sujeción se debe a que las vicisitudes causales de ese negocio no afectan a la titularidad de este adquirente.

No siempre el error resulta atribuible al registrador. En ocasiones, y tal y como más adelante veremos, deriva de fallos estructurales en nuestro sistema de seguridad jurídica. Hablamos, por ejemplo, del error causado por la falsa manifestación de un adquirente acerca de su estado civil o vecindad y, por tanto y en esta segunda hipótesis, de su régimen económico-matrimonial¹⁴ o la errónea identificación del otorgante en los casos de suplantación de identidad.

Sentadas estas bases se impone la tarea de comprobar la legalidad de esta vía de privación de la propiedad y demás derechos reales o, lo que es igual, si, en ella, concurren los requisitos que la legislación internacional y, en concreto, europea impone para que pueda tener lugar¹⁵.

II. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS POR EL REGISTRO

A) EXISTENCIA DE UNA LEY QUE PREVEA LA POSIBILIDAD DE QUE DICHA PRIVACIÓN TENGA LUGAR

Como antes se ha significado, existen dos vías para que dicha privación opere. La primera de ellas ocurre a través cuando el adquirente no inscribe su derecho y, posteriormente y en virtud de la aplicación del principio de inoponibilidad es privado de él a favor del adquirente posterior que sí inscribe y contra el que no puede hacerlo valer. El supuesto más normal es el de la doble venta o el de la adquisición de un derecho real que lo grava o limita como sería el derecho de usufructo que posteriormente no puede oponerse frente al adquirente de buena fe. La segunda, cuando el registrador inscribe erróneamente un acto o contrato (por ejemplo, porque atribuyó al derecho carácter privativo, siendo así que era ganancial con lo que asignó el poder de disposición a uno solo de los cónyuges cuando debería corresponder a ambos) y, en su virtud, adjudica irreversiblemente el derecho a favor de un adquirente que ostenta la condición de tercero hipotecario¹⁶.

El principio de inoponibilidad de lo no inscrito está consagrado en la legislación de la práctica totalidad de los países europeos. Ahora bien, en los que

existe un Registro de títulos¹⁷, solo rige entre y frente a los acreedores cuyos derechos no constan inscritos, ya sea porque nunca lo han estado, ya porque han sido indebidamente expulsados (al practicarse erróneamente una cancelación, por ejemplo) y en los supuestos de doble venta¹⁸. Así, por ejemplo, el artículo 2106 del Código Civil francés establece que: «Entre los acreedores, los privilegios no producen efecto respecto de los inmuebles en tanto que no son publicados por una inscripción en la Contaduría de hipotecas, en la manera determinada por los artículos 2146 y 2148». Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en aquellos en que existe un Registro de derechos, no se da frente a los titulares civiles, ya que estos siempre podrán aducir la nulidad del segundo contrato en un procedimiento judicial por serlo de cosa ajena lo que, dado que la inscripción no prejuzga la legalidad de los contratos documentados en los títulos objeto de depósito, implicará la atribución de la preferencia a su favor¹⁹ y la expulsión del Registro del título contradictorio y de los que traigan causa de él. Como se acaba de indicar, en los países en que existe un Registro de Derechos, la solución es la contraria y el titular civil puede ser privado de su derecho ya sea porque no ha inscrito su derecho ya porque, en virtud del juego de la fe pública registral, el adquirente, a pesar de la nulidad del negocio del que su adquisición trae causa, ha inscrito el derecho a su favor y reúne los demás requisitos exigidos por la legislación respectiva.

La estrecha conexión entre el principio de inoponibilidad y el de prioridad, en cuya virtud las cargas se ordenan por el orden cronológico de su presentación en el Registro, permite concluir que, en estos casos de conflicto entre los acreedores o entre dos compradores que, casi simultáneamente o sea, sin que, al tiempo de otorgarse el segundo contrato, el primero se haya perfeccionado, adquieren un mismo derecho, no hay una verdadera privación de derechos sino la aplicación de una regla de prioridad que, al establecer la presentación en el Registro como criterio determinante de la preferencia de esos gravámenes, persigue sancionar el comportamiento oportunista del titular que, con la ocultación de su derecho, busca evitar que los demás conozcan esa titularidad al tiempo que facilita que el titular del dominio o derecho real gravado opere en el tráfico como si, en realidad, su derecho estuviera libre de cargas. Esta circunstancia, unida a la interpretación, a que se acaba de hacer referencia, de la doble venta en los países que cuentan con un Registro de títulos, permite concluir que, en ellos, el único verdadero supuesto de privación se da cuando se cancela indebidamente una carga dando así lugar a la presunción de extinción del derecho adjudicado por lo que este no podrá oponerse al tercer adquirente que sí deposita su título en el Registro²⁰.

La situación difiere radicalmente en los países en que existe un Registro de derechos²¹. En ellos, como ya se ha adelantado, el tercero hipotecario, el adquirente a cuyo favor se inscribe el derecho y que, además, reúne los requisitos exigidos por la legislación nacional, prevalece en la titularidad del derecho que la inscripción le atribuye no solo frente al adquirente anterior que no ha inscrito

su derecho, sino también frente a aquel que no ha sido protegido debidamente y que, en virtud de un error del registrador, ha perdido la condición de titular registral²². Esta posibilidad está sancionada legalmente en todos los países que cuentan con un Registro de Derechos. Así, en Inglaterra, el artículo 58 de la Land Registration Act de 2002, establece: «Si se ha practicado un asiento en el Registro por el que una persona aparece como titular de un derecho real y el derecho real no debería habersele atribuido, será considerado como su verdadero titular como resultado de la inscripción». Por su parte, el artículo 891 del Código Civil alemán, dispone: «Si se inscribe un derecho en el Registro a favor de una persona, se presume que ostenta la titularidad de dicho derecho. Si se cancela un derecho inscrito en el Registro se presume que el derecho no existe». El artículo 892 recoge el principio de inoponibilidad: «los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que, mediante un negocio jurídico, adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre dicha finca a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o el adquirente conozca la incorrección. Si el titular del derecho tiene registrada su facultad de disposición del derecho inscrito en beneficio de cierta persona, dicha restricción no es eficaz frente al adquirente a menos que se deduzca como obvio del Registro o que dicho adquirente la conozca». En Suecia, el artículo 1 del capítulo 18 del Land Code confirma el principio de fe pública: «Si el derecho real ha sido adquirido por compra (a título oneroso) y el transmitente no era su legítimo titular, debido a que su adquisición o la de alguno de sus causantes era nula, la adquisición será, sin embargo, válida si el derecho consta inscrito a favor del transmitente y el adquirente no conocía ni debía haber conocido (buena fe) que aquel no era el titular legítimo. Esta regla no se aplica a las adquisiciones derivadas de un procedimiento de ejecución». Por su parte, el artículo 1 del capítulo 22 del mismo cuerpo legal recoge el principio de legitimación: «A los efectos de este capítulo (el que regula la hipoteca) propietario es la última persona que ha inscrito su dominio». Por último, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española dice: «El tercero que, de buena fe, adquiera a título oneroso algún derecho de persona que, en el Registro, aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». Y el 32 completa la posibilidad de privación a través del principio de inoponibilidad: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Vemos pues que, a diferencia de lo que ocurría en los países en los que existe un Registro de títulos en los que la inoponibilidad únicamente juega en materia de cargas, en los que tienen uno de derechos, también afecta al dominio y los demás derechos reales de modo tal que el titular civil de un derecho puede perderlo si no lo ha inscrito a su favor. Como antes se indicó y de acuerdo con

la citada doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, la falta de convalidación de la nulidad de los contratos que se inscriben solo produce efectos *inter partes*. Por este motivo, en el supuesto de la doble venta, no cabe aducir que, perfeccionada la primera, en la segunda, nos encontramos ante un supuesto de venta de cosa ajena y provocar la caída de la cadena que se ha formado (lo que sí procedería si, en el país, existiera un Registro de títulos o de mera publicidad).

En estos casos, la privación puede considerarse una sanción a la negligencia del titular o a su intento de pervertir el funcionamiento ordinario del mercado sustrayendo a su conocimiento la situación jurídica del bien²³. Por ello, por la mayor semejanza que guarda con el supuesto de la expropiación, para nuestro estudio, resulta más interesante la privación que se produce sin su conocimiento o, cuanto menos, sin su consentimiento voluntario y consciente²⁴. El error puede darse al cancelar indebidamente un asiento, lo que impide que pueda oponerse a un adquirente que, como antes se ha explicado, no es preciso que reúna la condición de tercero hipotecario ya que estaría protegido por el principio de inoponibilidad y no por el de fe pública registral, pero también, al extender uno nuevo, hipótesis en la que sí se requiere que el adquirente reúna la condición de tercero hipotecario²⁵. Según las normas civiles, el contrato sería nulo y, sin embargo, la legislación hipotecaria de los países citados, de los países en los que existe un Registro de derechos, atribuye la titularidad del derecho al adquirente, en detrimento del «verdadero» titular al que se impide hacer valer esa nulidad. Por ello, cabe concluir que, desde el punto de vista de este último, se ha producido una pérdida indebida del derecho, una pérdida que, además y conforme a la doctrina establecida en la sentencia del TEDH, Tsirikakis contra Grecia, de 17 de enero de 2002, en orden a fijar los requisitos precisos para que se entienda que ha habido una privación, sería irreversible.

B) CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA QUE JUSTIFIQUE LA PRIVACIÓN

Además de cobertura legal, la privación de la propiedad requiere, en segundo lugar y según la jurisprudencia mencionada, que exista una causa de utilidad pública que la justifique.

Una peculiaridad en el supuesto de privación de un derecho en virtud de error en la asignación del mismo por el Registro es el hecho de que el primer o inmediato beneficiado por él no suele ser el Estado u otra Administración Pública sino un particular toda vez que deviene titular de un derecho que, en principio, con arreglo a la legislación civil, no debería ostentar. Esta nota podría llevar a concluir que, dado que la privación no tiene como finalidad el uso público del bien, faltaría el requisito de que hablamos. Sin embargo, hay que tener presente que el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos habla de «causa de utilidad pública». No importa pues quien

es el beneficiado inmediato de la privación sino si esta produce un beneficio general que la justifica. La falta de una explotación directa por la Administración no obsta a la concurrencia de una causa de utilidad pública de igual modo que, cuando se prohíbe usar de un bien de manera tal que prácticamente se priva de contenido al derecho de propiedad, dando así lugar a obtener una compensación según la jurisprudencia citada aunque no se expropie expresamente ese derecho, tampoco existe propiamente un uso público sino la prohibición a un titular concreto de usar de él salvo en unos términos muy restrictivos²⁶.

Cabría también objetar a la concurrencia de este requisito la propia esencia o naturaleza de la institución del Registro de la propiedad, una de cuyas funciones es la de proteger a los propietarios. Anteriormente ya hemos recalcado el error que a menudo se comete al obviar que, además de proteger y publicar los derechos, el Registro de derechos fundamentalmente los atribuye²⁷. Esta incorrección es la que cometen los autores que entienden que el Registro no puede privar «indebidamente» de un derecho al titular pues, si este lo ha inscrito, ha sido precisamente para obtener su protección. Ciertamente estos errores han de ser pocos ya que, en otro caso, además de que el sistema atentaría contra el principio constitucional de la seguridad jurídica, la alarma social generada impediría la existencia de un mercado inmobiliario e hipotecario; además y según se estudiará más adelante, han de ser compensados. Estas condicionantes inciden directamente en la organización de los Registros de la propiedad. Sin embargo, ahora interesa destacar que la tutela de la propiedad individual es solo la función inmediata del Registro consistiendo la última en conseguir que exista un mercado hipotecario e inmobiliario lo más óptimo posible²⁸. Como hemos visto, la protección del titular inscrito se dispensa a través de las presunciones que la ley establece a su favor y de la protección que la correcta aplicación de los principios registrales le brinda. Sin embargo, en ocasiones, puede ocurrir que esta aplicación se realice erróneamente y, en estos casos, la privación está justificada para conseguir el fin último que acabamos de mencionar.

Esta afirmación plantea, a su vez, una nueva interrogante: ¿qué es, cómo se mide el grado de optimización de un mercado hipotecario e inmobiliario? Esencialmente por la facilidad para movilizar y para convertir la propiedad y los demás derechos reales en un activo líquido. Cuanto mayor resulte, los bienes tendrán un valor más elevado, habrá más propietarios, más crédito, por un plazo más largo y a un interés menos elevado. En iguales circunstancias externas (políticas, sociales, económicas, institucionales, etc), esa facilidad crecerá tanto más cuanto mayor sea la seguridad jurídica en la transmisión, constitución y gravamen de los derechos al tiempo que su coste se reducirá²⁹.

Esta finalidad de tutelar el interés público, de hacer prevalecer este sobre el particular de cada propietario, que justifica la legitimidad de la privación que el error al extender un asiento puede causar, ha sido destacado por la jurisprudencia inglesa. En concreto, la sentencia dictada por The Supreme Court of Judicature

Court of appeal (Civil Division) el 10 de enero de 2001, en el caso *Kingsalton Ltd. and another vs Thames Water Developments Ltd. and others*, dice en su fundamento 45 redactado por la juez Arden: «I also agree with the conclusión of Meter Gibson LJ concerning article 1 of the First Protocol to European Convention on Human Rights. The point was not fully argued and so I will deal with it briefly. In my judgment that provision (as a matter of English domestic law) capable of applying to an order of court declining rectification made after 2 October 2000 if the order fails to give effect to the substantive property rights of a party (see Human Rights Act 1998, s. 6). That party is deprived of his right to his property because the registered proprietor will be able to deal with land without impediment: see Land Registration Act 1925, s. 18. However the power to decline rectification is given for the legitimate aim in the public interest of enhancing to land registration system (see above). The court's order implements Parliament's policy on land registration. Moreover, because an error or omission has occurred in the register, that party is entitled to compensation on the basis set out in s. 83 (see para. 16 of Peter Gibson LJ's judgment)».

En este asunto, la demandante había alegado que el artículo 1 del primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos se había vulnerado al habersele privado del dominio, aún siendo el «verdadero» dueño, por un error en el Registro. Así lo recoge expresamente el fundamento 30 redactado por el juez Peter Gibson: «In the course of his griten submissions Mr. Elvin (abogado de la parte demandante) referred to Article 1 of the first Protocol to the Convention, protecting the right of every person to the peaceful enjoyment of his possessions. Mr. Elvin submitted that to refuse to order rectification would amount to the deprivation of Kingsalton of its possessions which could not be justified. He stressed that there was no dispute as to the underlying title. He pointed out that the extent of the possible harm and losses to Kingsalton has not been quantified and is not known to the court, which, he said, cannot be satisfied that a fair balance can be struck». Como acabamos de señalar, el Tribunal rechaza su pretensión en base al interés público que el Registro de la propiedad tutela. Esta apelación evidencia lo que aquí se viene defendiendo y muchas veces no se ha sabido o querido ver: a saber, que, como cualquier institución del Estado Social y de Derecho, el Registro no está al servicio de los propietarios individuales sino de ese Estado y que, por tanto, su finalidad es tutelar el interés general de modo que, cuando se plantea una cuestión de preferencia entre uno de los preceptos que recogen los efectos de sus asientos y otra norma de derecho público, el conflicto no puede abordarse como un enfrentamiento entre un interés privado y otro público en el que este ha necesariamente de prevalecer. Cuantas más numerosas resulten las excepciones que los Tribunales reconozcan a la asignación de derechos que el Registro ha realizado, mayor será la inseguridad jurídica y, por ende, las variables que miden la eficiencia de su funcionamiento se resentirán³⁰.

C) PROPORCIONALIDAD ENTRE LA DECISIÓN Y EL FIN QUE SE PERSIGUE

Como se ha indicado, conforme al artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la privación de un derecho real exige también que haya una proporcionalidad entre la decisión tomada (la privación resultante de dar preferencia a la titularidad atribuida por el Registro sobre la que resulta de la legislación civil) y el fin perseguido, la tutela del interés público en los términos vistos.

Hemos visto que dicha privación puede deberse a dos hechos: la falta de solicitud de inscripción de un negocio jurídico y el error del registrador bien porque no ha advertido su falta de validez, bien porque, por imperativo legal o imposibilidad fáctica, no ha podido controlar la verdad de la causa de la que deriva su nulidad³¹ o bien porque ha omitido hacer constar un gravamen o limitación en la inscripción provocando así el «error» que posibilita la aparición de un tercer hipotecario.

En el primer caso, la inoponibilidad del derecho oculto al contradictorio que consta inscrito tiene su base en una negligencia o interés fraudulento del titular, actitud que, de hecho, impide que ese derecho tenga la condición de «real»³²; o sea, que tenga eficacia *erga omnes*. En el segundo, por el contrario, el *verus dominus* pierde su derecho a consecuencia de un error, generalmente imputable al registrador y, en todo caso, al sistema, en virtud del juego de la fe pública registral.

En el primer supuesto, la imputabilidad de la pérdida al propio titular ha provocado que nadie discuta la proporcionalidad entre este resultado y el fin perseguido, la existencia de un mercado inmobiliario e hipotecario. En última instancia se sancionaría la negligencia de ese titular³³ o su intención fraudulenta de sustraer el conocimiento de sus derechos patrimoniales a los demás agentes por el riesgo de que, por ejemplo, estos procedieran contra ellos para conseguir el cobro de las cantidades que les debe o para evitar el pago de los impuestos que gravan la transmisión realizada.

La apreciación de esa proporcionalidad en el segundo supuesto, parece más difícil ya que, en él, la privación del derecho se deriva de un acto del registrador al practicar un asiento. La pregunta que, al constatar esta realidad, cabe formular resulta evidente: ¿no sería suficiente con limitar dicha pérdida a los casos derivados de la aplicación del principio de la inoponibilidad de lo no inscrito? Dicho en otras palabras, ¿qué justifica la fe pública del registro?, ¿por qué un registro de derechos?, ¿no es suficiente y, principalmente, más acorde con la Convención Europea de Derechos Humanos y en particular con el artículo 1 del primer protocolo adicional, limitar a los casos de privación a los que sancionan la conducta oportunista u olvidadiza del titular?

La respuesta a esta interrogante requiere clarificar una vez más el riesgo que, en el supuesto de que se optara por el registro de títulos, quedaría abierto y que

no es otro que la vinculación de todos los adquirentes a la declaración de nulidad no ya del negocio jurídico otorgado por ellos y cuyo título han depositado en el Registro sino y también a los vicios que aquejen a cualquiera de los actos o contratos otorgados por las personas que lo preceden en la cadena causal. Resulta evidente que los contratantes no pueden disipar por sí mismos este riesgo por la complejidad que su valoración entraña³⁴. Cabría dejarla entonces a la apreciación de un tercero experto que ellos elijan o a la de otros tantos cuantas partes haya de modo tal que cada una de estas designe al jurista que considere que va a defender mejor sus intereses, dando así pie a una negociación que acabará con la firma del contrato³⁵. La ausencia de un control independiente de su legalidad, de su validez, provoca que el depósito del mismo en el Registro no atribuya al adquirente una presunción de legitimación y, menos aún, le convierta en titular de ese derecho si, finalmente, los Tribunales sentencian su nulidad³⁶. La debilidad de la protección que el asiento le presta genera una incertidumbre tal que los costes de averiguación de la situación jurídica de los bienes se disparan³⁷.

Las consecuencias de esta circunstancia son varias y van desde la contracción que el mercado, hipotecario e inmobiliario, sufre³⁸ hasta la devaluación de los bienes y la dificultad de las diferentes Administraciones para embargarlos o ejecutarlos en orden a cobrar las cantidades que le son debidas, pasando por la necesidad de concertar un seguro de responsabilidad civil que garantice al adquirente la devolución del daño sufrido³⁹. Esta última necesidad es consecuencia de la inexistencia de una regla de responsabilidad objetiva que, en caso de pérdida del derecho, obligue a indemnizar al notario que ha autorizado el negocio⁴⁰ o, en el caso de los países en que este no existe o no interviene, a los abogados que han asesorado a las partes y encargado de su redacción y negociación⁴¹.

La aparición de un agente externo que asume y garantiza el riesgo multiplica los problemas que la creación de un eficiente sistema de seguridad jurídica plantea. En primer término, el carácter individual de este seguro favorece la desigualdad. El grado de seguridad de que los contratantes disfruten dependerá de su capacidad económica. Cuanto mayor sea esta, se cubrirán contra un mayor número de riesgos⁴² y por una cuantía más alta⁴³. En segundo lugar, la necesidad de cada uno de estos operadores de contar con su propia base de datos al objeto de evaluar el riesgo asumido, disparará los costes de administración y, por ende, los de transacción. La imposibilidad de generar economías de escala mediante la creación de una única base de datos, en virtud de los principios de libre competencia y de protección de datos, los incrementará aún más⁴⁴.

La ausencia de la fe pública registral determina que, en última instancia, no pueda nunca fijarse la titularidad de un bien⁴⁵. Dicho en otros términos, no hay propietarios definitivos. La caída de la cadena de la que un transmitente formaba parte provoca la pérdida de los derechos negociados en los eslabones sucesivos⁴⁶. La existencia de este efecto dominó determina que los perjuicios ocasionados por cada error se multipliquen.

El planteamiento teórico que hemos desarrollado deja entrever que los países en que exista un Registro de derechos deberán tener un mercado hipotecario más eficiente que aquellos que cuenten con otro de títulos. La demostración de esta conclusión es precisa porque, solo en la medida en que se cumpla, se justificará la legalidad de esta vía de privación de la propiedad a la luz del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El estudio sobre costes de transacción elaborado y publicado por la Federación Hipotecaria Europea en relación con el año de 2010⁴⁷ nos permite corroborar la corrección de la anterior afirmación. Según este análisis los costes de transacción más elevados en la compraventa de una vivienda corresponden a Bélgica (con un total de 10,7 por 100 del precio que se distribuye: 1,1 en concepto de arancel notarial, 9,5 tasa de registro y 0,1, otros costes), Italia (con un total de 5,2 por 100 del total del precio, que se distribuyen así: 1,9 arancel notarial, 3,2 tasa de registro y 0,1, otros costes) y Francia (con un total de 1,8 por 100 del total del precio que se distribuye de la siguiente manera: 1,4 por 100 es el coste de notario, 0,1 el de registro y 0,3 corresponde a otros costes). La cuantía de estos costes no tiene además en cuenta el déficit que la seguridad jurídica preventiva presenta en estos países debido al régimen de responsabilidad que tienen. A diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, donde el riesgo que se deriva de la falta de fijación y publicación a priori por el Estado de la situación jurídica de los bienes y, por ende, de la imposibilidad de conocerla en el momento de contratar se mitiga con la suscripción de un seguro privado de responsabilidad, en los países europeos citados, las compañías de seguros no suelen ofrecer sus servicios por varios tipos de motivos. El primero, la inversión que tendrían que efectuar para crear unas bases fiables acerca de esa situación. Piénsese que, en este tipo de seguro, a diferencia de lo que normalmente sucede, el riesgo que se cubre es pasado y que, por tanto, la prevención, la falta de siniestros, es la regla, lo que motiva que los costes de administración sean los más importantes⁴⁸. Además, cuenta también la tradición y la supuesta asunción de la responsabilidad de este riesgo por el notariado⁴⁹. En principio, este tiene la función de eliminar la incertidumbre sobre la situación jurídica de los bienes. A tal fin, antes de contratar, investiga la corrección de la cadena de los títulos anteriores lo que le permite también identificar y ordenar las cargas que gravan el objeto del negocio⁵⁰. No obstante, la ausencia de un sistema de responsabilidad objetiva introduce importantes lagunas en el sistema⁵¹ a pesar de que precisamente la labor de depuración, de estudio, justifica una parte de la cuantía del arancel que percibe y que, como seguidamente veremos, es significativamente más alto que el que se aplica en los países en que existe un Registro de derechos. Por lo demás, esta labor de análisis incrementa notablemente el tiempo que la contratación requiere. Por ejemplo, la regla general en Bélgica es que, entre el encargo de la redacción del documento y su firma, medien dos meses. Este aumento del coste debido a la demora no ha

sido contemplado en los datos que seguidamente se exponen y que conciernen únicamente al ámbito monetario⁵²; tampoco los costes de aseguramiento que la inexistencia de un sistema de responsabilidad objetiva en la determinación de la situación jurídica del bien aconseja suscribir aunque, como se acaba de apuntar, raramente se firme una póliza.

Los costes de transacción en las compraventas de vivienda son considerablemente más bajos en los países en que existe un Registro de derechos. Así, en España, ascienden al 0,4 por 100 del precio (porcentaje que se divide del siguiente modo: 0,2 corresponde al arancel notarial, 0,1 al del Registro y otro 0,1 a otros costes⁵³); en Dinamarca, al 0,5 por 100 (0,4 se paga a los abogados y 0,1 al Registro); en Reino Unido, al 0,6 por 100 (0,4 son honorarios de abogados⁵⁴, 0,1 gastos de Registro y 0,1 también, otros costes); y en Alemania, 0,7 por 100 (de los que 0,5 son percibidos por los notarios y 0,2 por el Registro).

Si analizamos los costes de transacción en materia de constitución de préstamos hipotecarios, la situación no varía. De nuevo, según los datos de la FHE, los países en que existe un Registro de depósito presentan los mayores costes (2,5 por 100 de la total responsabilidad en Bélgica, 1,8 por 100 en Italia y 0,5 por 100 en Francia, frente al 1,6 por 100 de España, 0,8 por 100 de Reino Unido, 0,5 por 100 de Dinamarca y 0,4 por 100 de Alemania). Si nos ceñimos a los costes de notaría y registro, la diferencia es más clara ya que hablaríamos del 2,1 en Bélgica, 1,3 en Italia y 0,5 en Francia, frente al 0,3 de España, 0,2 de Dinamarca y Alemania y 0,0 de Reino Unido.

El menor coste de las transacciones inmobiliarias no solo implica un ahorro para los contratantes; también, incide en la facilidad de acceso al crédito por los ciudadanos. Así, según el mismo estudio de la Federación Hipotecaria Europea, vemos que, en el año de 2009, el importe de crédito hipotecario que cada ciudadano debía era notablemente mayor en los países en los que existe un Registro de derechos que en los que cuentan con uno de títulos. Así, siendo la media de los países de la UE, 12.370 euros por persona, nos encontramos con que los ciudadanos de los que cuentan con un Registro de Derechos ese importe es considerablemente superior (por ejemplo, en Dinamarca alcanza 41.960; en Suecia, 25.500; en Reino Unido, 22.210; en Finlandia, 18.610; en España, 14.810 y en Alemania, 13.990). Por el contrario, los ciudadanos de los países en que existe un Registro de documentos tienen más dificultad para acceder al préstamo hipotecario o, lo que es igual, para utilizar su derecho como un activo económico que les sirva para obtener liquidez. Así, el importe de la deuda hipotecaria por habitante es considerablemente inferior en ellos (por ejemplo, Bélgica, 13.560; Francia, 11.460 e Italia, 5.510 euros)⁵⁵.

La mayor eficiencia del sistema del Registro de derechos tiene también su reflejo en las estadísticas que, sobre los datos proporcionados por el *European Covered Bond Council*, la FHE ha elaborado en relación con la bursatilización o titulización de los préstamos hipotecarios. Según esta estadística, el volumen

de préstamo hipotecario comercializado en el mercado secundario por los países que tienen un Registro de derechos es sensiblemente superior al que las entidades bancarias de los países que cuentan con un Registro de títulos han conseguido colocar.

Según este trabajo, al final de 2009, el volumen de préstamo hipotecario comercializado (vendido) al mercado por las entidades de España, ascendía a 385.857 millones de euros; de Alemania a 281.952 millones; de Reino Unido a 231.527 millones; y de Suecia a 187.009 millones. El volumen colocado por las entidades de los países en que existe un Registro de documentos era muy inferior. Así, en Francia se elevaba a 213.328 millones; y en Italia a 21.500 millones; no constando las cifras de Bélgica⁵⁶.

¿Qué significan estos datos? Que, en comparación con la situación que el Registro de títulos crea, la existencia de un Registro de derechos:

- 1.º Aumenta la seguridad jurídica al disminuir los perjuicios que los errores causan y asegurar su indemnización.
- 2.º Favorece el acceso al crédito a los ciudadanos (o sea, la transformación de sus derechos en activos económicos).
- 3.º Abarata el coste del dinero (tipo de interés a satisfacer).
- 4.º Contribuye a incrementar el capital circulante al favorecer el comercio de los diferentes productos a través de los que las entidades bancarias ofrecen los créditos hipotecarios de que son titulares al mercado (títulos, bonos y participaciones, en el caso español).
- 5.º Reduce los costes de transacción (tanto de las compraventas como de los créditos hipotecarios).
- 6.º Asegura la eficacia de los embargos decretados por la autoridad judicial o administrativa al sujetar el bien al pago de las deudas garantizadas.
- 7.º Revaloriza la propiedad inmobiliaria y facilita su liquidez.

Las estadísticas desglosadas demuestran que el tipo de Registro con que cada país cuenta resulta determinante para valorar los efectos a que acabamos de referirnos. La homogeneidad de los datos que sistemáticamente arrojan los países en que existe uno de derechos o de títulos no puede ser atribuida a la casualidad o a otros factores. Esta última hipótesis resulta tanto más imposible de mantener cuanto que este (la clase de Registro) es el único elemento de los que intervienen en la creación de la seguridad jurídica preventiva que se repite en uno y otro grupo. Los demás elementos, como son la forma de organización del proceso de redacción de documentos y su autenticación o la manera de llevarse a cabo las labores de asesoramiento y de comprobación de la identidad y de la capacidad natural de las partes otorgantes, no influyen prácticamente en estas estadísticas. Todos los países en que existe un Registro de derechos presentan unos perfiles semejantes con independencia del hecho de que estas

labores las lleven a cabo los notarios, una determinada clase de abogados o, incluso y en alguno, en el supuesto de los préstamos hipotecarios, las mismas entidades bancarias.

Estas ventajas que se dan en los países en que existe un Registro de derechos son las que explican y aconsejan que la privación de la propiedad pueda darse en virtud de un error del registrador y no únicamente como consecuencia de la falta de depósito de su título por el *verus dominus*. Vemos pues que, tal y como exigen el espíritu y la dicción del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la tutela del interés público impone la existencia de esta segunda forma de privación, resultando el perjuicio que causa tan proporcional como justificado, siempre y cuando medie su reparación.

Antes de cerrar este apartado conviene resaltar que el análisis que precede solo puede sostenerse en la medida en que el número de errores (al autorizar un asiento pero también, al expedir la correspondiente información) sea mínimo, tan así que, desde el punto de vista estadístico, resulte prácticamente despreciable. De otro modo y dada la potencialidad «expropiatoria» de la inscripción, en lugar de un factor de seguridad y protección, el Registro sería percibido por la ciudadanía como una amenaza, como un riesgo. En esta hipótesis, la ineficiencia impondría la supresión de la fe pública registral⁵⁷. Como observa B. ARRUNADA⁵⁸, en un Registro de derechos debe haber pocos errores, pues de otra forma no sobreviviría⁵⁹.

D) DISPOSICIÓN DE LA PRIVACIÓN POR UN ÓRGANO QUE SE ENCUADRE DENTRO DE UNO DE LOS TRES PODERES QUE FORMAN EL ESTADO

Para que el artículo 1 del primer protocolo adicional de la Convención Europea ampare la privación de la propiedad es necesario que se decrete por un órgano que esté encuadrado dentro de uno de los tres poderes que forman el Estado. La razón es clara: el Estado tiene las facultades de reconocer el derecho de propiedad en abstracto, de establecer las reglas para su adquisición y de proteger a los titulares que han llegado a serlo conforme a ellas; también, de expropiación o privación del mismo cuando además estén presentes los requisitos cuya concurrencia en el caso concreto de error en los pronunciamientos del Registro venimos examinando⁶⁰.

Como apunta Fernando MÉNDEZ⁶¹ citando a NORTH, «es difícil sin embargo que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes y se comporte como un tercero imparcial. Existe el riesgo claro de que se convierta en un Estado depredador que use su poder no para fomentar el crecimiento económico sino para el beneficio de quienes lo dirigen a costa de asfixiar las posibilidades de crecimiento. Para evitarlo, se requiere la presencia de instituciones que controlen efectivamente a quienes dirigen el Estado». Esta circunstancia explica que, en

todos los países en que existe un Registro de derechos, los pronunciamientos se basen en la independencia del funcionario que los realiza⁶² quien, a su vez, tiene atribuido el control de legalidad (calificación) de los negocios jurídicos cuya inscripción se pretende⁶³.

El mismo autor, apoyándose en DE OTTO⁶⁴, pone de manifiesto que la inscripción es un acto de soberanía mediante el que el poder público (Estado) declara la existencia de un derecho, su extensión, el rango que, en el caso de los de garantía, le corresponde y la identidad de su titular, y, añade el repetido F. MÉNDEZ, «ello con independencia de que el sistema legal configure o no la inscripción como requisito integrante del proceso adquisitivo *inter partes*». Aunque hay quien niega esta verdad y, con independencia de la clase de Registro de que se hable, tiende a considerar la inscripción como un acto administrativo que sirve para publicar la titularidad de un derecho, entendiendo que la existencia y transferencia de este depende exclusivamente de la voluntad de las partes, lo cierto es que, como antes se ha apuntado, la asignación definitiva del derecho o sea, su imposición a toda la comunidad no tiene lugar en tanto que aquella, la inscripción, no se produce, en tanto que no se adjudique definitivamente, lo que demanda necesariamente la existencia de un acto de soberanía. No hay propiedad, ni derechos, al margen del Estado. El profesor Robert ELLICKSON⁶⁵ lo resume perfectamente: «¿Cuál es finalmente el contenido de la pretensión de que un determinado derecho de propiedad, como uno que rija el uso del suelo, no puede ni remotamente describirse como un beneficio estatal? Este no está ni remotamente claro. Todos los derechos de propiedad no constitucionales son beneficios estatales en el sentido de que existen como derechos solo como consecuencia de su concesión y protección mediante normas positivas. Al menos esto es así salvo que uno crea que determinados derechos de propiedad preexisten de algún modo al ordenamiento jurídico, de forma que su disfrute no es cuestión de derecho positivo sino de, ¿qué otra cosa?, derecho natural».

Como es normal, dado que hablamos de un derecho humano, la última instancia de su tutela está encomendada a los jueces. En los países (por ejemplo, Alemania, Dinamarca, Austria o Suecia) en que los Registros están llevados por uno, sus decisiones son recurribles ante las instancias superiores⁶⁶. En los casos en que, como en España o Reino Unido, los encargados de decidir y autorizar las inscripciones son funcionarios que no están integrados en el poder judicial, el régimen de recursos contra su calificación varía según que esta haya sido negativa o positiva. La negativa es susceptible de ser recurrida en primera instancia ante un órgano administrativo contra cuya resolución cabe apelar ante los Tribunales de Justicia si bien, en el caso español, es igualmente posible acudir directamente a estos. Por el contrario, la positiva, que da lugar a la inscripción, solo puede ser revisada por dichos Tribunales tanto en uno como en otro país. La razón radica en el distinto objeto del recurso en uno y otro caso. Mientras que, en el primero, se cuestiona la procedencia de una interpretación normativa

que impide obtener el reconocimiento *erga omnes* del derecho adquirido por el Estado y también y consecuentemente investirse con el poder de disposición del derecho, en el segundo se impugna la atribución de ese derecho efectuada por la inscripción o sea, el reconocimiento de su titularidad por el Estado lo que, en principio, es un tema reservado a la competencia judicial.

En el caso de estos países (Reino Unido y España), la nota más llamativa, más característica, es que la atribución de derechos y también, la determinación de su extensión y rango, solo puede revisarse judicialmente en la medida en que el adquirente no reúna los requisitos que la ley exige para considerarle tercero hipotecario. Consecuentemente, los Tribunales examinan primero si es así y, en la medida en que concurren, se abstienen de analizar si, desde el punto de vista normativo, la adjudicación es válida ya que, aunque no lo fuera, aunque el negocio que sirva de causa a la misma fuera nulo o tal atribución se hubiera fundado en un error, no podrían modificarla.

A la vista de las anteriores premisas cabe concluir que, a diferencia del notariado⁶⁷, las actividades desarrolladas por el registrador están relacionadas con el poder público porque su actuación condiciona y altera en los términos expresados las facultades de apreciación y decisión de la autoridad judicial y, más concretamente, cuando esta ha de pronunciarse sobre la titularidad de los derechos reales. Esta situación motiva que, como estamos viendo, el ejercicio de las potestades públicas que el Estado ha delegado en los registradores puede implicar la privación de derechos. Característica que, a su vez, explica la independencia que le es propia y el régimen monopolístico en que desarrolla su función⁶⁸. La calificación del registrador produce efectos externos o sea, vincula a las personas que no han sido parte en el otorgamiento del contrato y que, no obstante, pueden estar interesadas en él, bien sea porque ostenten un derecho (o expectativa del mismo) sobre el inmueble objeto del contrato que se quiere inscribir, bien porque este afecte a limitaciones legales o administrativas que protegen el interés de la comunidad (necesidad de licencias, de autorizaciones para actuar en zonas de protección especial, para inmatricular bienes que lindan con montes públicos, etc.). Así sucede en todos los países en que existe un Registro de derechos ya sea el registrador un juez, ya un funcionario público en el que el Estado ha delegado las potestades públicas que constituyen el ámbito de sus competencias.

E) INDEMNIZACIÓN QUE COMPENSE EL DAÑO CAUSADO

El artículo 1 del primer protocolo adicional no recoge explícitamente esta exigencia que, sin embargo, ha sido casi unánimemente sancionada por los jueces que integran el Tribunal Europeo. Numerosas sentencias reconocen su carácter de requisito necesario para que la privación pueda producirse. Ello es

lógico porque, como dice el citado R. ELICKSON, «la cláusula de compensación se dirige a la falta de equidad no de la redistribución de la riqueza de un grupo a otro por parte del Estado, sino de que el Estado embargue la riqueza de algunos en beneficio de todos». Esta justificación ha sido confirmada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en numerosas sentencias que se citan en el trabajo del citado profesor: *First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles* (1987); *Pennell v. City of San Jose* (1988); *Yee v. City of Escondido* (1992), etc., y que reiteradamente han confirmado que «es axiomático que la disposición relativa a la compensación de la Quinta Enmienda tenga la finalidad de prohibir al Gobierno que obligue solo a unas pocas personas a soportar las cargas públicas que, en absoluta equidad y justicia, debieran ser soportadas por todas las personas».

En la UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apelado también con la misma frecuencia «al justo equilibrio entre las exigencias del interés general y de la protección de los derechos individuales» para justificar esta obligación de indemnización. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 3 de noviembre de 2000 (ex rey de Grecia y otros contra Grecia); de 30 de mayo de 2005 (Jahn y otros contra Alemania) o de 11 de octubre de 2005 (N.A. y otros contra Turquía).

La posibilidad de la privación de un derecho por el Registro o, lo que es igual, la posibilidad de la existencia de la fe pública registral queda pues supe-
ditada a que, en los supuestos en que, en virtud de error al practicar un asiento, el *verus dominus* quede privado de su derecho, sea indemnizado de su valor⁶⁹.

Todas las legislaciones cuya legislación establece el principio de fe pública registral o, por decirlo con otras palabras, todos los países que tienen un Registro de derechos reconocen esta obligación de reparar el daño causado. Así, en Inglaterra y Gales, el capítulo 8 de la Ley de 2002 recoge expresamente la obligación del registrador de indemnizar personalmente el perjuicio causado tanto por la rectificación del Registro como por el rechazo a proceder a la misma. De igual modo, el artículo 296 de la Ley Hipotecaria Española establece: «Los registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas y, en segundo, con su demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen: 1) Por no asentar en el diario, no inscribir o anotar preventivamente, en el término señalado por la Ley, los títulos que se presenten en el Registro. 2) Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales. 3) Por no cancelar, sin fundado motivo, alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente. 4) Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley. 5) Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o libertad de los inmuebles o derechos reales o por no expedir dichas certificaciones en término señalado en esta Ley». El artículo 839 del BGB alemán sienta una

norma semejante: «Si un funcionario, dolosa o negligentemente, infringe un deber oficial que le incumbe frente a un tercero, le indemnizará por el daño ocasionado. Si el funcionario solo es culpable de negligencia, únicamente cabe dirigirse contra él si la parte perjudicada carece de cualquier otro recurso para obtener la reparación del perjuicio». En cuanto a Suecia, el artículo 19 del Land Code sanciona el derecho de cualquier persona que haya sufrido una pérdida debido a un error o negligencia en la gestión o la decisión de practicar una inscripción o en relación con la expedición de un documento de hipoteca o la llevanza o mantenimiento de tal Registro, a ser indemnizado por el Estado. No obstante, se matiza, la indemnización se compensará o reducirá si la parte ha contribuido a su pérdida»⁷⁰.

La obligación de indemnizar el daño causado es una de las dos causas esgrimidas en la sentencia *Kingsalton Ltd and another v. Thames Water Developments Ltd and others*, antes citada, y en la que la Corte de apelación de la Corte Suprema de la Judicatura de Inglaterra rechazó la pretensión de la demandante de que la negativa a rectificar la inscripción practicada, confirmada por el fallo apelado, daba lugar a una privación del derecho de propiedad, hecho que, a su vez, implicaba una violación del artículo 1 del primer protocolo adicional. Como vimos para fundamentar el fallo, la sentencia cita en primer lugar el interés general que el Registro de derechos tutela y añade en el párrafo 45 redactado por la juez Arden: «the court's order implements Parliament's policy on land registration. Moreover, because an error or omission has occurred in the register, that party is entitled to compensation on the basis set out in s 83 (see para. 16 of Peter Gibson LJ's judgment). Dice a su vez este párrafo: «S. 83 (1) provides that where the register is so rectified, any person suffering loss by reason of the rectification is entitled to be indemnified. S. 83 (2) provides that where an error or omission has occurred in the register but the register is not rectified, any person suffering loss by reason of the error or omission is entitled to be indemnified».

La obligación de indemnizar la privación del derecho de propiedad causada por el error del registrador al extender y autorizar un asiento está pues fuera de toda duda. Ahora bien, lejos de acabar con el problema, esta afirmación lo multiplica pues nos enfrenta con el tema de la organización del Registro, de estudiar cuales pueden ser sus principios organizativos y, en función de los que se adopten, quién ha de correr con la obligación de indemnizar.

Ya hemos señalado que, para subsistir, el Registro de derechos ha de cometer pocos errores. Hay que tener en cuenta que, frente a lo que es común en materia de seguros, en el caso de las transacciones inmobiliarias, la seguridad que se demanda es frente a los vicios o defectos ocultos en la situación jurídica de los bienes, riesgo que el Registro elimina al hacer coincidir la verdad oficial con la real. Sin embargo, este efecto introduce una nueva amenaza, la de que sus errores priven al titular de acuerdo con las normas civiles de esa

titularidad y la transfiera a un tercero e incluso la de que dicha privación ocurra frente al titular inscrito al extenderse un nuevo asiento y, consecuentemente, al asignarse el derecho a favor de un tercero cuyo contrato no debía haberse inscrito. Como se ha indicado, los errores en la inscripción pueden ser de dos tipos: materiales o de calificación, al dar, en este último caso, por válido un negocio nulo y, en consecuencia, inscribirlo. Cada uno de ellos requiere una prevención diferente. Los últimos se corrigen fomentando la capacidad de los registradores, su independencia, su competencia territorial, su selección con arreglo a criterios objetivos así como ampliando la extensión y los medios de que disponen para calificar o sea, para controlar la legalidad de los negocios y evitando los riesgos de corrupción mediante el establecimiento de un sistema de incentivos adecuado. Los primeros mediante la adopción de diferentes medidas a que seguidamente nos referiremos y, concretamente y por lo que se refiere al caso español, aplicando los criterios de gestión privada a este servicio público⁷¹.

Ahora bien, por más ajustada que resulte la aplicación de estos principios organizativos, no hay duda de que el error siempre sucederá. En este caso y según la jurisprudencia del Tribunal Europeo (y también, la de los nacionales), el daño debe compensarse ya que, de otro modo, de adoptarse otra solución, la privación producida contravendría el artículo primero del primer protocolo adicional. El problema fundamental que, en las diferentes legislaciones, se presenta es quién debe pagar la indemnización.

El problema es tan importante que ha condicionado y sigue condicionando la regulación legal de la transmisión y constitución de los derechos en los diferentes países. Las opciones pueden resumirse en tres, atribución del riesgo a los particulares, al Estado o a los propios reguladores o funcionarios encargados de adjudicar los derechos.

La primera opción no está presente en ningún país en que rige un sistema de Registro de derechos⁷² sino solo en los que, para evitar el tener que asumir el riesgo derivado de una errónea atribución del derecho, el Estado se abstiene de pronunciarse sobre la titularidad de cada uno⁷³, limitándose a resolver judicialmente las controversias que, en relación a uno concreto, se planteen pero sin adjudicarla jamás con carácter irreversible y eficacia *erga omnes*. Dado que la excepción de cosa juzgada solo puede oponerse a la otra parte, nada obsta a que, en un momento posterior, un tercero ponga en cuestión la titularidad debatida⁷⁴.

La segunda opción, asunción de responsabilidad por el Estado, presenta a su vez dos variantes: aplicar el régimen general de responsabilidad patrimonial o crear un fondo específico para indemnizar los perjuicios causados por los errores habidos. Alemania y Suecia han optado por la primera de ellas. Esta opción ha motivado la introducción de ciertas peculiaridades en la legislación hipotecaria de ambos países. Así, en el caso de Alemania, se ha impuesto la inscripción como un requisito de adquisición *inter partes* del derecho. Su falta

impide que, tampoco en este ámbito, haya transmisión o constitución del mismo y, por tanto y también, la existencia de titulares civiles (ajenos al Registro) que resulten perjudicados por una inscripción incorrecta. Así pues merced a la imposición de la inscripción como requisito necesario para la constitución de los derechos reales se elimina el riesgo de las adquisiciones a *non domino*. Por otro lado, el negocio traslativo se ha configurado como abstracto de manera tal que el registrador no tiene que calificar su causa y, por tanto, tampoco cabe exigirle responsabilidad por el error en que, al hacerlo, al dar por válido un negocio que, en realidad, adolece de un defecto de nulidad en su causa, pueda incurrir. El anverso de esta medida, su aspecto negativo, se deriva del hecho de que, dado que la causa ya no es necesaria para que la transmisión se consuma, los vicios de que adolezca no la impiden y las partes únicamente disponen de una acción personal por evicción. Las precauciones adoptadas por el legislador para limitar la responsabilidad del Estado no terminan aquí. Así, ha impuesto el sistema de *numerus clausus* en materia de derechos reales. De acuerdo con él, las partes carecen de autonomía para pactar según su voluntad ya que el Estado únicamente reconoce la existencia de los derechos que las leyes prevén y con el contenido que las mismas fijan⁷⁵. Por último, cabe citar la obligación del registrador de notificar la pretensión de una persona de adquirir un derecho a los titulares de aquellos que recaen sobre la finca que constituye el objeto del contrato en cuestión. Esta obligación, que genera el mayor número de reclamaciones, ralentiza y encarece enormemente el procedimiento pero, a cambio, reduce extraordinariamente el riesgo del Estado ya que, en defecto de oposición⁷⁶, la parte no puede reclamar contra Él.

Con el mismo fin de limitar la responsabilidad del Estado, el legislador sueco ha optado directamente por restringir el ámbito de la fe pública registral. Así, según el artículo 3 del capítulo 18 del Land Code, los supuestos en que, además de cuando el adquirente carezca de buena fe o no lo sea a título oneroso, no opera son las que siguen: «1.º Si el documento en que se funda el derecho del adquirente es falso, fue otorgado por persona que carecía de facultades para ello o es inválido al haber sido otorgado bajo coacción con arreglo al artículo 28 de la Contracts Act. 2.º Si el legítimo dueño, cuando se otorgó el documento en que se funda el derecho, estaba en quiebra o incapacitado o actuó bajo la influencia de un trastorno mental o no tenía la facultad dispositiva del derecho dado que se le había designado un administrador de acuerdo con el Parental Code. 3.º Si la adquisición es inválida con arreglo a derecho por falta de observancia de la forma prescrita o por otras condiciones establecidas o si se efectuó sin el consentimiento de la persona perjudicada sin que haya mediado el amparo o cualquier otra acción de un Tribunal o de una autoridad pública». Por otro lado, con igual finalidad y de un modo semejante a cómo sucedía en el derecho alemán, el legislador sueco ha atribuido al registrador la facultad de programar una reunión para investigar la titularidad de un bien o

de citar a los otorgantes y a los titulares que puedan serlo de algún derecho sobre él. En estos casos, si el derecho alegado por el peticionario (solicitante de la inscripción) resulta controvertido, se le puede requerir para que inicie un procedimiento judicial. Transcurrido el plazo fijado a tal efecto, su solicitud puede considerarse caducada (art. 10, capítulos 19 y 20 del Land Code).

En el sistema Torrens, el Estado asume igualmente la responsabilidad de pago de las indemnizaciones debidas a las personas que han sido privadas de su derecho por un error del Registro. Pero, a diferencia de lo que ocurre en los casos anteriores, lo sujeta a un régimen peculiar al objeto de limitarla. En síntesis, el sistema consiste en imponer al usuario la obligación de contratar (junto con la inscripción) un seguro mutuo con el que capitalizar un fondo de responsabilidad que se va dotando con las aportaciones sucesivas. Se consigue así garantizar la reparación del daño causado si bien solo hasta la cantidad a que asciende el importe del fondo en cada momento⁷⁷ al tiempo que cargar el mantenimiento del sistema sobre sus usuarios⁷⁸.

La tercera opción consiste en imponer la responsabilidad al funcionario encargado de autorizar las inscripciones y, por ende, de adjudicar, ordenar y definir los derechos reales. Es el sistema que, con distintas matizaciones, se sigue en Inglaterra y España⁷⁹. Como en los países en que rige el sistema Torrens, este régimen de responsabilidad permite aplicar la fe pública sin limitación ya que, al excluirse la responsabilidad del Estado, el legislador carece de interés en imponer restricciones a su práctica, teniendo en cuenta las ventajas que produce en el interés general; de igual modo, carga la financiación del sistema sobre sus usuarios.

El sistema se basa en la regulación estatal de los precios⁸⁰ (frente a la libertad que, en principio, impera cuando son compañías privadas las que aseguran los riesgos y al igual que ocurre en el sistema Torrens) pero, a diferencia de este, el colectivo de los funcionarios asume la responsabilidad⁸¹. Lógicamente, la reputación y eficacia del sistema se basa en la reparación de los daños causados (por la privación indebida pero también por el error en la elaboración y expedición de información) lo que no es sencillo habida cuenta de la importancia de las cantidades aseguradas. El impago supondría la falta de uno de los requisitos que, como hemos visto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige al objeto de que quepa la privación del derecho de propiedad y pondría en riesgo la continuidad del sistema, su solvencia. Para evitar esta situación, el Colegio (o la Agencia en el caso inglés) ha de contratar un seguro de responsabilidad civil y otro de reaseguramiento. Dado que el importe de las primas crece proporcionalmente al número de errores y que, en el caso de que estos se multiplicaran, su coste resultaría inasumible por los usuarios o sea, por los propios registradores, la eficiencia en el ejercicio del control de legalidad que tiene atribuido (y en la prevención de los errores materiales) se convierte en presupuesto necesario para que el sistema se mantenga.

La importancia de este control determina que el legislador inglés haya establecido el principio de libertad de prueba para acreditar la titularidad del derecho ante el registrador. Así el artículo 17 de la Land Registration Act dispone: «Si el registrador en cualquier momento considera que es necesario o deseable el otorgamiento de otros documentos o la presentación de otras evidencias o informaciones, puede rechazar continuar con la tramitación de la solicitud o hacer cualquier acto o practicar un asiento hasta que los documentos, las evidencias o las informaciones hayan sido dadas o proporcionadas»⁸². Sin embargo, en el caso español, la prueba se limita a los documentos presentados y a los asientos del Registro.

El funcionamiento del sistema requiere el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva ya que, en otro caso, si se exigiera la presencia de culpa o dolo para que la obligación de indemnizar el daño causado surgiera, abríamos la puerta a la posibilidad de que una persona fuera privada de su derecho sin ser compensada por esta «expropiación». De ahí la importancia de que esta se imponga a los operadores (*solicitors* en Inglaterra o notarios en el supuesto de España⁸³) que controlan determinados aspectos que están excluidos de la calificación del registrador, del control de legalidad del negocio jurídico que constituye la causa de la adjudicación de derechos en que la inscripción consiste, y que normalmente son cuatro: la capacidad natural de los comparecientes, su identidad, la conformidad entre lo por ellos querido y lo firmado y la falta de violencia o coacción en el otorgamiento. En su defecto, si admitimos la existencia de una responsabilidad culpable o dolosa, esta práctica, necesaria porque, como apunta PARDO NÚÑEZ en la obra citada, la operatividad del sistema impide abrir un juicio plenario cada vez que se solicita una inscripción, introduce el riesgo de aumentar los casos de privación «improcedente» de los derechos más allá de lo deseable y, especialmente, de dejar sin indemnización alguno de ellos lo que, como ya se ha reiterado, supone una violación del artículo 1 del primer protocolo adicional de la convención europea de derechos humanos. En efecto, la falta de responsabilidad objetiva del notariado permite que, cuando yerra al apreciar alguna de estas circunstancias, el perjudicado («expropiado») por la inscripción no tenga más acción que contra el beneficiario del error, normalmente insolvente o de imposible localización⁸⁴. Esta laguna, resultante de convertir al notariado en un privilegiado al que no le es aplicable el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración⁸⁵ sino uno especial en virtud del que, en defecto de culpa, el daño se carga en el debe del ciudadano, introduce un agujero en el sistema de seguridad jurídica preventiva que aconseja (impone) su modificación⁸⁶ al objeto de adecuarlo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁷.

Más sentido tiene la asunción de dicha responsabilidad por el Estado cuando el error en la calificación de la validez del negocio efectuada por el registrador se debe al ineficiente funcionamiento del Registro Civil. En efecto, mientras que

la obligación de identificación de los comparecientes que otorgan un contrato corresponde al notariado que autoriza la escritura en que se documenta, la determinación de su estado y vecindad civil (y, consecuentemente, de su régimen económico matrimonial) es competencia del Registro Civil⁸⁸. Ocurre, no obstante, que la organización de esta institución ha quedado claramente obsoleta de modo y manera que, por un lado, los datos referentes a una única persona física constan en diferentes oficinas sin que, entre ellas, haya ninguna comunicación y, por otro, ninguna se lleva electrónicamente lo que impide su interoperabilidad tanto entre sí como con otras instituciones, entre ellas los Registros de la propiedad con los consiguientes riesgos para la seguridad jurídica al impedir que el funcionario a su cargo pueda conocer la verdad oficial sobre todos los hechos que publican y de los que se derivan múltiples consecuencias jurídicas⁸⁹.

La responsabilidad objetiva no debe aplicarse sin embargo a los supuestos de calificación negativa o sea, no debe extenderse a la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el rechazo a inscribir un derecho si posteriormente los Tribunales revocan dicha calificación y consideran que sí procede la extensión del asiento. La razón es clara: en estos supuestos no existe el riesgo de pérdida del derecho ya que, como es sabido, el interesado tiene la posibilidad de recurrir dicha calificación y, en tanto que su recurso no se resuelva definitivamente, conserva la prioridad frente a todos. La única excepción que cabría introducir a esta regla, sería en el caso de que dicha calificación fuera antijurídica porque, según los Tribunales, estuviera basada en la arbitrariedad o en la irracionalidad pero, en estos casos, el daño a indemnizar no consistiría en el importe del derecho perdido, pues esta privación no habría ocurrido, sino en el de los perjuicios de toda clase derivados de esa irregular actuación⁹⁰.

CONCLUSIONES

- I. La privación de la propiedad por cualquiera de los países que se han adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Tribunal Europeo a tal efecto.
- II. La función del Registro de Derechos comprende la asignación de estos como presupuesto necesario para el cumplimiento de las otras dos que le incumben: su protección y publicidad.
- III. El error en dicha asignación puede suponer la privación del derecho en cuestión para el *verus dominus*.
- IV. La privación de un derecho real por el Registro ha de reunir los mismos requisitos demandados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para su «expropiación», a saber:
 - A) Existencia de una ley que la prevea.

- B) Causa de utilidad pública que la justifique.
- C) Proporcionalidad entre la decisión y el fin que se persigue.
- D) Disposición de la privación por un órgano que se encuadre dentro de uno de los tres poderes que forman el Estado.
- E) Indemnización que compense el daño causado.

NOTAS

¹ Para comprobarlo, basta recordar el enfrentamiento entre las Salas 1.^a y 3.^a de nuestro alto Tribunal a propósito de la ejecutabilidad de las sentencias en que, existiendo terceros hipotecarios, se declara la ilegalidad de una licencia de construcción y la consiguiente demolición del edificio. Más adelante volveremos sobre el tema.

² Las vías que se sugirieron para cumplir este fin fueron varias: desde las teorías colectivistas lanzadas por PROUDHON hasta la restauración de los supuestos viejos derechos de las parroquias a la propiedad comunal de la tierra defendida por Thomas SPENCE o la idea marxista de la expropiación por el proletariado de los expropiadores, los capitalistas.

³ La existencia de una mala regulación que, especialmente en el ámbito inmobiliario al que se refiere el presente trabajo, ha favorecido su utilización como un bien especulativo, ha reverdecido viejas críticas pero, en realidad, este fenómeno no representa un alegato, un argumento válido contra la propiedad, sino la demostración de la mala calidad de las leyes que la rigen.

⁴ Es famosa la afirmación del juez J. HOLMES: «Aunque la propiedad puede ser regulada hasta un cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación».

⁵ Incluso, en casos como, por ejemplo, los de Estados Unidos o Alemania, un derecho fundamental.

⁶ Se ha usado el término limitaciones para distinguir estas restricciones que afectan a bienes concretos de los límites que el ordenamiento jurídico impone con carácter general al derecho de propiedad y que fijan su contenido.

⁷ Véase el trabajo «Property in Land», *Yale Law Journal*, vol. 102, pág. 1315.

⁸ En el ámbito del TEDH, la sentencia Sporrang y Lonnröth, de 23 de septiembre de 1982, que declaró ilegal y, por ende, generadora de una compensación económica, la prórroga del permiso de expropiación concedido por el Gobierno a favor del Ayuntamiento de Estocolmo hasta un total de 23 y 25 años, para el primer y el segundo recurrente respectivamente, incide en esta necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y la protección del derecho de propiedad privada. En España son importantes las sentencias 227/1988 y 149/1991 del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley de aguas de 2 de agosto de 1985 y la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. Estas leyes establecían el paso *ope legis* de ciertos terrenos o propiedades inmobiliarias al dominio público. El TC consideró que había una cierta compensación, dado que se reconocía a los antiguos propietarios una concesión de aprovechamiento a largo plazo, lo que satisfacía la exigencia del apartado tercero del artículo 33 de la Constitución.

⁹ Véase, al respecto y por ejemplo, el trabajo del profesor Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, «La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», trabajo incluido dentro de la obra *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, CIZUR, Thomson-Aranzadi, vol. 2, págs. 1919-1933.

¹⁰ No constituye el objeto del presente trabajo determinar el criterio jurisprudencial a propósito de cuáles son las circunstancias que han de mediar para que cada uno de estos requisitos se entienda cumplido sino, como seguidamente se expondrá, analizar si concurren en el supuesto que vamos estudiar de privación del derecho en virtud de un asiento en el Registro de la Propiedad.

¹¹ La protección se brinda por varias vías. En virtud del principio de tracto sucesivo, mediante la suspensión de la anotación de las demandas, embargos o cualquier otra cualquier medida cautelar ordenada en un procedimiento en el que el titular registral no sea parte; en virtud del principio de prioridad y tracto sucesivo, mediante la denegación de la inscripción de los actos o contratos que, cualquiera que fuera la fecha de su celebración, no han sido otorgados por el titular y resulten contradictorios con su derecho; en virtud del principio de legitimación mediante el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de existencia del derecho y de atribución de la facultad de disposición del mismo así como de su posesión a favor del titular.

¹² Véase sobre este tema, Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, editorial Civitas-Thomson Reuters, págs. 116 y sigs. Dice este autor: «Como consecuencia de la abstracción causal *inter tertios* y de la consiguiente inversión de las reglas de protección de los *iura in rem* inmobiliarios, operadas por la fe pública registral, la inscripción produce dos importantes consecuencias adicionales: en primer lugar, la imposición de una *simetría informativa funcional* entre transmitente y adquirente. En efecto, al adquirente que reúne los requisitos exigidos no le pueden afectar las vicisitudes causales derivadas de los negocios precedentes, como consecuencia de la abstracción *inter tertios* que impone la inscripción y que conlleva la protección del adquirente que inscriba su adquisición, mediante una regla de propiedad, frente a las vicisitudes causales precedentes que no consten en la inscripción o que, aún constando, no tengan naturaleza real, salvo que aparezcan garantizadas con alguna garantía real que conste en la inscripción... En segundo lugar, tiene una consecuencia que explica lo anterior: el titular registral, mientras siga siéndolo, conserva el poder de disposición sobre el derecho inscrito, con independencia de que la legislación confiera o no carácter constitutivo *inter partes* a la inscripción. Ello es inevitable, pues ser titular registral en un Registro de derechos significa ser el titular reconocido por el Estado y, por tanto, mientras se ostente esta cualidad, se tiene el poder de disposición sobre el derecho». Y advierte: «No hay que confundir el carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción con el hecho de que la abstracción *inter tertios*, el efecto más característico de la fe pública registral, opere también en las relaciones *inter contrahentes*, *immediate indefeasibility*, como sucede en algunas jurisdicciones, en lugar de solamente en las relaciones *inter tertios*, *deferred indefeasibility*, como sucede en otras jurisdicciones como la española».

¹³ Como se acaba de indicar en la nota anterior, el transmitente, en tanto que titular registral, conserva el poder de disposición sobre el derecho al tiempo que se presume que detenta la posesión del bien. Él es también el que recibe la protección que los principios mencionados otorgan al titular registral al tiempo que retiene las prerrogativas derivadas de la presunción de legitimación como son la de que no quepa ejercitar contra él una acción contradictoria del dominio sin entablar previa o simultáneamente demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente o la de que pueda solicitar y obtener el sobreseimiento de cualquier procedimiento de apremio seguido contra dichos bienes siempre y que él no sea la persona contra la que se decretó el embargo o se sigue el procedimiento en cuestión.

¹⁴ El error de que hablamos deriva del ineficiente funcionamiento del Registro Civil y de la falta de llevanza electrónica, así de este como de los de propiedad lo que impide su interoperabilidad. Los perjuicios provocados por este hecho no se limitan a este del que hablamos, pues abarcan otros muchos, desde el coste, especialmente de tiempo y de desplazamiento, que supone para los ciudadanos hasta la imposibilidad de usar los datos de que dispone para combatir el fraude así en la percepción indebida de ayudas o pensiones como en el impuesto de sucesiones, pasando por el incumplimiento que genera para la Administración del mandato constitucional de celeridad y de colaboración entre sus distintos departamentos.

¹⁵ No se estudia en este trabajo la constitucionalidad de esta privación que es una cuestión que habrá que resolver de acuerdo con la norma fundamental de cada país. En lo que a España se refiere, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 9 de mayo de 1995, estableció la constitucionalidad del auto que ponía fin a un procedimiento de ejecución sumario y en el

que se decretaba el lanzamiento y cancelación de la inscripción de un derecho de usufructo constituido antes que la hipoteca que había motivado dicho procedimiento aunque inscrito después de esta, debido al juego de los principios de inoponibilidad, artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, fe pública registral, artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de legitimación, artículo 38 del mismo cuerpo legal.

¹⁶ Según la sentencia del TEDH, *Omerlyidiz contra Turquía*, de 30 de noviembre de 2004, la privación o destrucción por causa imputable a la Administración de unas viviendas ilegales constituye una expropiación y requiere la concurrencia de los requisitos que esta exige dando lugar, en última instancia, al derecho a ser indemnizado por la pérdida sufrida. Se sienta así el criterio de que la ilegalidad de una construcción no excluye que el derecho de propiedad sobre ella esté tutelado por el artículo 1 del primer protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta interpretación contrasta con la opinión sostenida por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de España. En diferentes sentencias (de 12 de mayo, 26 de septiembre o 4 de octubre de 2006 o de 18 de marzo de 2008) y con ocasión del derribo de edificios levantados al amparo de una licencia posteriormente anulada, ha fallado que el artículo 34 LH «no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998». Según esta interpretación, aunque el adquirente haya inscrito su derecho concurriendo en él los demás requisitos que el artículo 34 exige para mantenerle en su titularidad, aunque haya habido un acto administrativo previo que ha posibilitado la inscripción del edificio y, por ende, de su derecho, aunque no haya intervenido en el proceso judicial en que se ha declarado la nulidad de las licencias (de construcción y de primera ocupación), aunque pueda resultar obligado a restituir el importe del préstamo hipotecario con que ha financiado la adquisición, pudiendo el acreedor, en otro caso, ejecutar cualesquiera otros derechos de que sea titular, este solo podrá ejercitar una acción de responsabilidad civil contra la Administración que, además de la incertidumbre sobre su resultado y de los costes que inicialmente habrán de satisfacerse, tardará años en resolverse.

¹⁷ Francia (salvo las regiones de Alsacia y Lorena), Bélgica, Luxemburgo e Italia con la excepción de las llamadas antiguas provincias prusianas (Udine, Gorizia, Trento, Bolzano y una parte de la ciudad de Trieste en las que existe un Registro de derechos tomado del sistema austriaco).

¹⁸ Entendida esta en su acepción más restrictiva o literal o sea, en los supuestos en los que, antes de que exista un adquirente, antes de que hayan mediado los requisitos legalmente exigidos para que la compraventa tenga lugar, el titular enajena un mismo derecho a dos personas diferentes. De otro modo, nos hallaríamos ante un supuesto de venta de cosa ajena y, por ende, el segundo contrato sería nulo. Si, no obstante, este se inscribiera antes, en los países en que existe un Registro de títulos que es a los que nos estamos refiriendo, el primer adquirente podría atacarlo por este motivo y, dado que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos, no solo caería el derecho del segundo adquirente sino también, el de todos cuantos de él trajeran causa. Esta consecuencia se deriva del párrafo segundo del artículo 2182 del Código Civil francés: «El vendedor no transmite al comprador más que la propiedad y los derechos que él mismo tenía sobre la cosa vendida». Los perjuicios e inconvenientes que se pueden derivar de este sistema son más graves aún si tenemos en cuenta que, en Bélgica y en Francia, no rige el principio de tracto sucesivo de modo tal que es posible que, en el Registro, consten depositadas (de ahí, el nombre de Registro de títulos) diferentes cadenas de títulos sobre un mismo bien. En el caso español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido errática hasta la sentencia de 7 de septiembre de 2007, adoptada por unanimidad del pleno de la Sala 1.^a cuyo contenido esencial, según palabras del Magistrado, don Francisco MARÍN CASTÁN, en el trabajo presentado en el XVI Congreso de Derecho Internacional organizado por el CINDER en mayo de 2008 en la ciudad de Valencia y disponible en la página cinder.info así como en el libro «Ponencias y comunicaciones presentadas al XVI Congreso

Internacional de Derecho Registral», tomo II, págs. 889 y sigs., y publicado por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores de España, «es la consideración 7.^a de la primera serie de consideraciones de su fundamento jurídico segundo, en la cual se sienta la doctrina de que la “aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de una cierta coetaneidad cronológica entre las dos o más ventas en conflicto”. En definitiva, añade, se supera la línea jurisprudencial que excluía del ámbito de dicho precepto la mayoría de los casos de la llamada “venta de cosa ajena” y se retorna a la jurisprudencia anterior a los años 90 que no advertía inconveniente alguno en aplicar la solución del artículo 1473 del Código Civil al estricto problema del reconocimiento legal del dominio aunque la venta no inscrita con entrega material de la posesión hubiera precedido en varios años a la venta sí inscrita de la misma finca».

¹⁹ Nótese que lo único que puede obtener es una declaración judicial de preferencia sobre el titular que lo es en virtud del contrato depositado. En ningún caso la asignación definitiva del derecho en cuestión pues cabe que, en el supuesto de que su negocio adquisitivo o el de alguno de los sucesivos causantes que le preceden en la cadena de titularidades que conduce a la suya, estuviera viciado de nulidad, se declarara posteriormente la preferencia del derecho de un tercero.

²⁰ Este riesgo explica la mayor extensión que, en estos países, la calificación del registrador presenta en los supuestos de cancelación. De modo que si, por ejemplo, para admitir el archivo de un título solo habrá de comprobar su idoneidad formal para ser depositado así como que el negocio que documenta tiene una naturaleza real y recae sobre la finca bajo cuyo número se solicita el archivo, para cancelar tal depósito, para expulsar el título, el registrador ha de comprobar igualmente la suficiencia de las facultades de representación del otorgante e, incluso, analizar la validez de fondo del negocio causal. Así, en Francia, las sentencias de 16 de julio de 1975 y la de 9 de noviembre de 1994 de la Sala 3.^a de la Cour de Cassation establecen que el conservador es responsable de la regularidad de la operación y tiene, por tanto, la obligación de controlar la capacidad y los poderes de quienes solicitan su intervención. Dice la primera de ellas: «Le conservateur des hypothèques, responsable de la régularité de la radiation, a l'obligation de s'assurer de la capacité et des pouvoirs des personnes qui la requièrent, ainsi que d'exiger la production de toutes pièces susceptibles de l'éclairer sur ces points. L'al. 2 ajouté a l'art. 2518, qui a pour seul effet de remplacer la représentation des pièces justificatives par une analyse certifiée du notaire, ne dispense pas le conservateur d'exercer son contrôle, qui ne se limite pas à la régularité formelle de la mainlevée mais s'étend à sa validité au fond». Artículo 1.258 CC: «Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement ou celle du jugement».

²¹ En este grupo se incluyen los demás países europeos, como Alemania, Inglaterra, las tres penínsulas escandinavas, Dinamarca, Austria, España, Suiza y las citadas provincias del norte de Italia.

²² Cabe plantear la duda de si es necesario que el adquirente reúna los requisitos de tercero hipotecario para que entre el juego el principio de inoponibilidad o basta con que inscriba su derecho. La cuestión no es materia de este trabajo, pero conviene advertir que parece difícil justificar que, para protegerle, quepa exigir al adquirente una diligencia mayor que la consulta de los asientos del Registro. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de mayo de 1982 entiende que, para el juego de este principio (de inoponibilidad), no se requiere que el adquirente lo sea a título oneroso.

²³ Sería incluso discutible si cabe hablar de privación toda vez que, en realidad, ese titular nunca ha tenido el poder de disposición del derecho en virtud del principio de legitimación registral sancionado por todas las legislaciones en que existe un Registro de derechos. Recuérdese que, por ejemplo, la sentencia del TEDH, Brumarescu contra Rumanía, de 28 de octubre de 1999, alude a la necesidad de que el interesado haya perdido dicha facultad para que el artículo 1 del primer protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos pueda entenderse vulnerado.

²⁴ La sentencia de 5 de marzo de 2007, dictada por unanimidad por el pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo español, sienta doctrina en tres cuestiones según el trabajo antes citado del magistrado-ponente don Francisco MARÍN CASTÁN: «la primera, que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se aplica aunque no haya una transmisión intermedia que se anule o resuelva, es decir, que el tercero queda protegido por el hecho de adquirir del titular registral y ser ajeno a cualquier acto dispositivo de este no inscrito en el Registro; la segunda, quizá la más necesitada de clarificación jurisprudencial, que dicho artículo 34 ampara las adquisiciones *a non domino* porque lo que salva es precisamente el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para disponer de la finca; y tercera, que el embargo trabado sobre fincas que ya no son del deudor, pese a figurara todavía inscritas a su nombre, no es nulo por esta sola circunstancia, de suerte que no le será aplicable el artículo 33 de la Ley Hipotecaria».

²⁵ Por ejemplo, cuando el registrador inscribe un contrato en el que el transmitente carecía de poder de disposición, como puede ser el caso de que, siendo parcialmente incapaz, se le hubiera impuesto una limitación que no se hubiera observado en el momento de otorgarse el contrato o el de que hubiera omitido en la inscripción la obligación de un heredero fiduciario de guardar los bienes a favor de sus descendientes o de contar con la intervención de un tercero para disponer de ellos en caso de necesidad, etc.

²⁶ El razonamiento de que la falta de atribución directa del derecho «privado» a la Administración supone que no existe una causa de utilidad pública que la justifica confunde la necesidad de que esta sea la que la disponga con la ausencia de dicha asignación. En el caso de los Estados Unidos, la cuestión quizá podría plantearse de otra manera, ya que la quinta enmienda establece el principio de que la propiedad privada no será expropiada para uso público sin una compensación justa. Si partimos de la dicción literal del precepto podría considerarse que, en el supuesto de que hablamos, no hay un uso público pero la jurisprudencia del TS de los Estados Unidos ha admitido también su aplicación en los casos de prohibición de usos; incluso ha ido más allá y ha entendido que, mediante una compensación, cabe expropiar a un particular una finca y atribuirle su dominio a los arrendatarios sobre la base de que la redistribución de los grandes latifundios fomenta el bienestar público (se supone que porque mejora su explotación). Por último, aunque el argumento es peligroso pues abriría las puertas a la arbitrariedad de la Administración sujetando la propiedad a una amenaza permanente de revocación, cabe entender que, dado que esta solo existe en virtud de su concesión y protección por el Estado y que se presume que las leyes persiguen el interés público, cualquier norma podría decretar su privación, cumplido el requisito del pago de una indemnización adecuada.

²⁷ Como apunta José Manuel GARCÍA, los documentos son la prueba en base a la que se inscriben los contratos o actos a resultados de la que se produce el reconocimiento o la atribución del derecho por el Estado. Véase su obra *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, notas al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, editorial Civitas.

²⁸ Sin perjuicio de otras tales como garantizar la ejecución de las sentencias que se dicten en los procedimientos de ejecución, así como de las resoluciones administrativas derivadas de expedientes de ejecución, informar sobre la situación urbanística o medio-ambiental de las fincas, vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los regímenes de protección oficial, etc.

²⁹ Así lo destacó PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS en su libro *Manual de Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 439, editado por el Colegio de Registradores de España, Madrid, 1999, y citado en la obra citada por Fernando MÉNDEZ. Dice PEÑA: «El Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito, sobre todo el crédito territorial; ha contribuido así al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también, ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la adquisición de pisos y locales a plazos)».

³⁰ Como antes se ha sugerido, este perjuicio parece que ha pesado en el ánimo de algunos magistrados al considerar que la ejecución de las sentencias en que se declara la nulidad de la licencia que ha amparado la construcción de un edificio debe realizarse incluso en perjuicio del tercero hipotecario, incluso en el supuesto de que este no haya sido parte en el

procedimiento en que dicha nulidad se ha determinado, pues, como digo, se presume que, mientras que dicha ejecución redunda en beneficio de todos, el derecho del adquirente solo le aprovecha a él. El argumento que apunta al artículo 118 de la CE, sobre la obligación de cumplir las sentencias y, por ende, también las que declaran la nulidad de una licencia y, sobre esta base, ordenan la demolición de lo construido, no es definitivo habida cuenta de que, en este caso, dicha ejecución contradice el principio de seguridad jurídica igualmente sancionado por el texto constitucional. La enorme cantidad de quejas y reclamaciones que estos fallos han propiciado contra España ante diferentes instituciones europeas acredita el daño que han causado a dicho bien público constitucionalmente tutelado.

³¹ Hablamos de los supuestos, antes mencionados, en que el transmitente miente acerca de ciertos datos personales, estado o vecindad civil principalmente con las consiguientes repercusiones sobre el régimen económico de su matrimonio, cuya veracidad no es controlada por nadie según la legislación española. Esta ausencia se debió originariamente a la notoriedad de dichas circunstancias, pues los otorgantes solían ser personas del lugar. La expansión de la población y el consiguiente anonimato que hoy en día suele darse en la contratación ha acabado con este conocimiento sin que, como ya se ha adelantado, la institución llamada a suplir esta carencia, el Registro Civil, se haya modernizado suficientemente para conseguirlo.

³² Vid. Celestino PARDO, «La prevención del riesgo de evicción», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de España, pág. 24: «Los sistemas registrales combaten directamente el doble riesgo de evicción por cuanto reprimen las conductas que los generan. Los derechos ocultos o clandestinos porque, si no se inscriben, nunca tendrán la condición de “reales”; y los ilegales tampoco, porque, al impedírseles el acceso al registro, carecerán también de plena eficacia real».

³³ Vid. Celestino PARDO, pág. 18 del trabajo citado, «(Los registros de derechos) son sistemas que generan información fiable y veraz y la generan porque, para garantizar su fiabilidad y credibilidad, la inscripción tiene fuerza jurídica y condiciona la eficacia civil de los derechos publicados. La inscripción no solo publica sino que “califica” los derechos, ya que únicamente los derechos inscritos pueden tenerse por verdaderamente reales. En efecto, la generación de información en la medida reclamada por el mercado sería costosísima si los particulares no cooperasen llevando sus títulos al registro. Pues bien, para promocionar esa colaboración, es por lo que los reguladores han condicionado la creación y eficacia de los derechos reales a su publicidad registral estimulando, de esta manera, a los interesados a inscribir sus títulos. Es decir, como la información no se genera espontáneamente, para facilitar su creación se ha restringido la actividad inmobiliaria de modo que se condiciona el reconocimiento de la plena eficacia real de los derechos a que los títulos que los originan se inscriban».

³⁴ Véase Celestino PARDO, pág. 48, obra citada: «La publicidad, y la inscripción que la produce, son o no son; su falta, por ello, es apreciable por todo el mundo. La ilegalidad del título, en cambio, es cuestión más difícil de valorar incluso para los mismos juristas aunque estén especializados». Y unas líneas más adelante: «La legalidad no es apreciable a simple vista sino que es oscura y precisa en cada caso de determinación».

³⁵ Frente a la opinión tan extendida de que, en el primer supuesto, el notario es ese jurista y, en el segundo, los abogados, lo cierto es que esta generalización no se corresponde con la realidad ya que es común que, por ejemplo en Francia, la presencia simultánea de tantos notarios como partes contraten, cada uno de los que protege el interés de la que lo ha elegido.

³⁶ En ningún sistema de seguridad jurídica se admite que la intervención del notario al autorizar la escritura en que se documenta el contrato conlleve una atribución *erga omnes* del derecho que constituye su objeto a favor del adquirente. No hay que olvidar que, como luego estudiaremos con más detenimiento, el notario carece de la condición de poder público según ha sancionado el Tribunal Europeo de La Haya. Esta falta implica que su autorización del negocio no supla la ausencia de una intervención, de un pronunciamiento del Estado sobre su legalidad. A resultas únicamente de la escritura, el adquirente no puede consecuentemente ser considerado como dueño frente a todos y, por tanto, tampoco es factible reputar a la escritura como título legitimador para actuar en el tráfico.

³⁷ Tanto más en los países en que, como se señaló anteriormente, tampoco rige el principio del tracto sucesivo, por lo que es factible que el Registro publique simultáneamente títulos contradictorios.

³⁸ Piénsese que, en estos supuestos, el adquirente asume el riesgo de nulidad del derecho de su transmitente y del de todos sus antecesores. La única limitación deriva de la prescripción de las acciones para hacer valer dicha nulidad.

³⁹ En España, una parte del notariado ha defendido la existencia de fe pública registral sin calificación independiente, en base únicamente a la realizada por él. Estos planteamientos olvidan o prescinden de la valoración de la naturaleza de los derechos reales que, como se ha dicho reiteradamente, solo son tales si se cumplen dos condiciones: que su titular tenga el poder de disposición sobre él o sea, que, en el derecho español, tenga a su favor la presunción de legitimación que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria atribuye a la persona a cuyo favor consta inscrito el derecho y que pueden imponerse frente a todos. Esta última nota provoca que su atribución a una persona concreta conlleve su privación para los demás, incluso frente a los que, hasta la fecha en que tal atribución ha sucedido, ostentaban uno concreto o un interés legítimo sobre el bien al que el negocio jurídico se refiere. Semejante exclusión por un lado y falta de consentimiento por otro (una falta que, en ocasiones, tiene como sujeto a una pluralidad de personas físicas, como en el caso de una comunidad de vecinos) demuestra la improcedencia de esta hipótesis que, por lo demás, no se da en ningún país del mundo. No cabe, en efecto, fundar la atribución de un derecho real, incluso frente al *versus dominus*, sobre un juicio realizado por un operador elegido por los contratantes. Sobre la necesidad de independencia del registrador para que la inscripción pueda producir un efecto de fe pública, véase, Enrique RAJOY, «La independencia del regulador hipotecario», trabajo publicado en *RCDI*, núm. 708, págs. 1497-1591, julio-agosto de 2008.

⁴⁰ Aunque más adelante volveremos sobre ello, cabe adelantar que la exigencia de culpa o dolo para declarar la responsabilidad del llamado notariado latino constituye un importante riesgo en los casos en que las escrituras públicas gozan del monopolio de acceso al Registro de derechos. Este sistema de responsabilidad civil se vuelve absolutamente inoperante en los países (como Colombia, Argentina o Perú) en que se impide la reclamación de una indemnización al notario que ha autorizado una escritura en la que se documenta un negocio posteriormente declarado nulo, si previa o simultáneamente no se interpone una querella por falsedad contra él. Esta vinculación entre responsabilidad civil y penal incita, en realidad, a la no adopción de ningún tipo de medidas por los notarios para evitar los errores más comunes en que suelen incurrir como pueden ser el referido a la identidad de los comparecientes o, en los países en que existe un Registro de títulos, la investigación y determinación de la situación jurídica de los bienes.

⁴¹ Según Benito ARRUÑADA, *El seguro de títulos*, trabajo presentado al XII Congreso del CINDER, celebrado en Punta del Este en 2001, www.cinder.info, el origen de este seguro se encuentra precisamente en la ausencia de responsabilidad objetiva de estos abogados que, después de haber informado favorablemente al cierre de un negocio jurídico, solo se responsabilizaban en la medida en que se demostrara que habían procedido con negligencia y siempre, previa condena judicial. Según este mismo autor, la sentencia dictada en el año de 1868 en el Estado de Pennsylvania (*Watson vs. Muirhead*) fue el detonante que, al confirmar la falta de responsabilidad objetiva de dichos intermediarios, provocó la aparición de las compañías de títulos.

⁴² La póliza contempla una pluralidad de supuestos en virtud de los que el adquirente puede ser privado de su derecho. La cobertura de cada uno de ellos encarece lógicamente el importe de la prima. En cuanto a la cuantía, puede pactarse la devolución íntegra del importe del contrato, de una parte o, además, de la plusvalía que el derecho haya experimentado. También en este caso, la cuantía de la prima variará en función de la elección y del poder económico del contratante. Por otro lado, para evitar las consecuencias de la responsabilidad que asumen, se suele enumerar una serie de riesgos cuyo daño no está cubierto y ello hasta el punto de que, según BLADE, citado por ARRUÑADA, cabe afirmar que «(la póliza del seguro)

asegura tan solo que la compañía aseguradora ha realizado un examen cuidadoso del título y ha listado todos sus defectos importantes en las excepciones de cobertura». A día de hoy, informa este mismo autor, la mayoría de los Estados obligan a que se determine expresamente los riesgos cuya cobertura se excluye prohibiéndose expresamente la emisión *on a casualty basis* en algunos de ellos.

⁴³ Celestino PARDO, obra citada, págs. 101 y 102, destaca la dudosa constitucionalidad que entraña el tránsito de un Registro de derechos a otro de títulos. Según este autor, tal modificación parece «difícilmente compatible con la preferencia a favor de la igualdad que, según la Constitución, el Estado está obligado a guardar y suele efectivamente respetar, especialmente, cuando se trata de usuarios de los servicios públicos». PARDO cita el libro *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, 2002) de R. ALEXV, reseñando que, en el mismo, se estudia este asunto de la preferencia del principio de igualdad en positivo (hay que tratar igual lo esencialmente igual) frente al de igualdad en negativo (hay que tratar desigual lo esencialmente desigual), la inversión de la carga de la prueba en contra de todo trato desigual entre ciudadanos por el legislador y la consiguiente orientación hacia la igualdad.

⁴⁴ Vid. El apartado «problemas de fraccionamiento del daño», pág. 102, en el libro de Celestino PARDO tantas veces citado.

⁴⁵ La persona que vence en un litigio adquiere la certeza de ese derecho solo contra la otra parte. Pero la excepción de cosa juzgada no alcanza lógicamente a los terceros que, en el futuro, le discutan dicha titularidad.

⁴⁶ En el Registro de derechos, la catarsis purificadora que la fe pública impide esta caída en catarata. Sin embargo, se abre la puerta a la posibilidad de que el error del registrador prive de su derecho al *verus dominus*.

⁴⁷ El estudio analiza la situación en catorce países de la UE. Puede encontrarse en la siguiente dirección: www.hypo.org y, dentro de esta página, hay que ir a la sección de *statistics, hypostat y studies*. Dentro del importe total de los costes, el estudio incluye los impuestos que gravan las transacciones. Los datos que seguidamente se ofrecen los descuentan, ya que no tienen nada que ver con la seguridad jurídica o, dicho en otras palabras, su existencia y cuantía no supone su incremento o disminución.

⁴⁸ ARRUÑADA, «Sistemas de titulación de propiedad», Editorial Palestra, Lima, pág. 93, apunta: «El bajo porcentaje que representan las indemnizaciones sobre los ingresos (solo el 7,9 por 100 entre 1980 y 1994) da una idea de lo pequeña que es su función de seguro actuarial respecto a la de detección y evitación de riesgos».

⁴⁹ Como luego se detallará, la falta de responsabilidad objetiva del notariado latino provoca un déficit de seguridad jurídica preventiva tanto mayor cuanto que, una y otra vez, él mismo insiste en defender que su intervención vuelve innecesaria la de las compañías de títulos. En el número de marzo-abril de 2011, de la revista *El Notario del Siglo XXI*, se recoge la siguiente afirmación en relación con las funciones del notariado argentino: «Es de destacar su extenso “examen de título”, que tiene por objeto detectar posibles irregularidades o circunstancias de los títulos anteriores que pudieran generar perjuicios al adquirente, dado que la buena fe exigible para la protección en la adquisición es una buena fe activa, que exige una diligencia en la investigación». El paupérrimo nivel de seguridad jurídica que, según las estadísticas hipotecarias, Argentina tiene, se debe en parte a la ausencia de responsabilidad del notariado en el ejercicio de esta función de investigación, la cual solo le es exigible en los casos en que, según antes se ha apuntado, haya mediado dolo o sea, haya delinquido.

⁵⁰ Si la titularidad es correcta y no cabe su anulación, se presume que, al adquirente, solo se le podrán oponer las cargas cuyos títulos de constitución constan depositados. La existencia de numerosos gravámenes, generalmente deudas a la Administración, que, aún no apareciendo en el Registro, tienen legalmente prioridad sobre otros que sí lo están supone una importante fuente de problemas. La razón de esta anomalía es la no aplicación del principio de legitimación, ya que tampoco del de legalidad, lo que implica la ausencia de una presunción legal de la existencia del derecho y de su titularidad a favor del titular inscrito, que, no lo olvidemos, en algunos países, como Francia, pueden ser simultáneamente varios diferentes

(al no reconocer tampoco el principio del tracto sucesivo). En estas condiciones, la sujeción de los bienes al pago de tales deudas no solo decae cuando se acredita que no pertenecían a quien aparentemente era su titular, por ejemplo, porque era el único que había depositado su título en el Registro, sino que también resulta bastante sencillo sustraer al conocimiento de la Administración las titularidades que realmente sí corresponden a un contribuyente o, en general, ciudadano. Semejante fragilidad del sistema de garantías reales justifica la preferencia que el legislador atribuye a la Administración para el cobro de determinados créditos aunque no consten anotados. Para evitar estos riesgos, el adquirente puede instar el procedimiento de purga, regulado en los artículos 2181 y sigs. del Código Civil. Pero, como apunta Celestino PARDO, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», trabajo incluido en el libro *La calificación registral*, tomo I, pág. 58, este procedimiento ha quedado obsoleto no solo por su lentitud y carestía, sino porque «el juego de la puja en subasta que el sistema exige motiva que quien insta el procedimiento pueda verse privado finalmente del derecho por la concurrencia de un mejor postor».

⁵¹ Aunque, a diferencia de lo que, como vimos, ocurre en ciertos países latinoamericanos, en los que la responsabilidad civil va ligada a la penal, al dolo, en estos países europeos no es así, su legislación sí exige la presencia de una negligencia manifiesta en el notario para que tal responsabilidad proceda, lo que, unido a la cláusula tipo que suele introducirse y en virtud de la que se excluye la responsabilidad respecto de cargas cuya existencia no ha podido determinarse mediante la aplicación de la diligencia ordinaria, reduce considerablemente la cobertura de esta seguridad económica. Más adelante volveremos sobre el tema al hablar de la responsabilidad notarial por el error en la identidad de los comparecientes.

⁵² En los Registros de derechos, el conocimiento de la situación jurídica de los bienes se adquiere en el tiempo legalmente establecido para expedir la publicidad que, generalmente, oscila entre uno y tres días y por el precio fijado por el Estado que, en España y según la extensión de la información y la responsabilidad que su expedición genere, va desde los 3 a los 24 euros.

⁵³ Interesa destacar que, en el *ranking* de costes, España aparece en segundo lugar (por detrás únicamente de Bélgica) debido a la desmesura del tipo impositivo que se aplica: en torno al 8 por 100, aunque en algunas Comunidades Autónomas y a partir de ciertas cantidades, se incrementa hasta el 10 por 100, un tipo que contrasta enormemente con el 0,0 que se aplica en Reino Unido, 0,6 en Dinamarca, 3,3 en Italia, 3,5 en Alemania e incluso con el 5,1 que rige en Francia.

⁵⁴ Al igual que ocurre en los países escandinavos y en Dinamarca, en Reino Unido los notarios no intervienen en las transacciones de bienes inmuebles.

⁵⁵ Igualmente llamativas y reveladoras son las cifras del volumen de saldo hipotecario vivo existente en los diferentes países de la UE en la fecha a que nos estamos refiriendo (final de 2009) si bien, en este caso, hay que tener en cuenta la diferencia de población entre los países. Según la FHE, en Reino Unido dicha cifra ascendía a 1.372.659 millones de euros; en Alemania a 1.146.969 millones; en Francia a 737.600 millones; en España a 678.872 millones; en Italia a 330.585 millones; en Suecia a 236.062 millones y en Dinamarca a 231.263 millones. Nótese que estas cifras no implican la existencia de un menor endeudamiento personal en los países que cuentan con un Registro de títulos, sino que la obtención de liquidez conlleva para sus ciudadanos el pago un precio mayor pues se ven forzados a acudir al crédito personal.

⁵⁶ Los datos transcritos obedecen sin duda a la mayor seguridad que, en relación con el Registro de títulos, el de derechos proporciona. Si analizamos el tiempo y los costes de la ejecución de las garantías veremos cómo se concreta este plus y también, visualizaremos más claramente aún las razones de estas últimas estadísticas. Según la FHE, dicho tiempo oscila entre cuatro y seis meses en Dinamarca, siendo su coste aproximado el 3 o el 4 por 100 del valor del derecho; en España, varía entre siete y nueve meses ascendiendo los costes de ejecución a una horquilla entre el 5 y el 7 por 100; en Alemania, el plazo ronda los once meses y el coste se sitúa entre el 3 y 3,5 por 100; en Reino Unido hablamos de doce meses y un coste aproximado del 4 por 100. En el caso de los Registros de documentos, uno y otro

dato se disparan; así, en Bélgica, el plazo medio de ejecución de la garantía es de dieciocho meses con un coste que varía entre el 14 y el 37,5 por 100 (impuesto incluido); en Francia, el tiempo de ejecución puede subir a 707 días con un coste que ronda el 11 por 100, y en Italia, el plazo suele alargarse hasta los cinco y siete años, sin que existan datos sobre el coste. La razón de estas diferencias obedece a la diferencia de los procedimientos de ejecución ya que, mientras que las presunciones (de legalidad y legitimación) de que los pronunciamientos del Registro de derechos gozan facilitan la existencia de procedimientos sumarios en que las causas de oposición están tasadas, los asientos del Registro de títulos no permiten que la legislación respectiva la reconozca ya que tampoco asignan definitivamente el derecho al que se refieren.

⁵⁷ Hay que recordar que la privación tendría frecuentemente como objeto el derecho de propiedad de una persona sobre su domicilio o el local en el que desarrollara su trabajo y que, en última instancia y tal y como ya se ha significado, en lugar de responder al mandato constitucional de protección de la seguridad jurídica, supondría su minoración.

⁵⁸ Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Editorial Palestra, Lima (Perú).

⁵⁹ La eficiencia del Registro depende esencialmente de su organización, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

⁶⁰ Aunque en algún caso aislado, MATHEUS contra Francia (sentencia de 31 de marzo de 2005), el Tribunal se ha referido a una «expropiación privada», en realidad el supuesto contempla el caso de una usucapión posibilitada por la falta de actuación del Estado que no cumplió la orden de desalojo cursada por los Tribunales.

⁶¹ Véase pág. 96 y sigs. de su obra citada.

⁶² Por razón de esta independencia, los Tribunales han negado sistemáticamente el carácter vinculante de las Resoluciones dictadas por la DGRN. Baste citar, a modo de ejemplo, las siguientes que tienen carácter de firme dictadas por la Sección 7.ª, Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: sentencias (tres) de 17 de enero de 2011, procedimientos 159/2009, 160/2009 y 161/2009, así como otra de 8 de marzo del mismo año, procedimiento 3775/2008; Sección 3.ª de la misma Sala: sentencia de 12 de enero de 2011, procedimiento 240/2009 y de 20 de enero de 2011, procedimiento 239/2011. Todas ellas afirman textualmente: «la resolución de un recurso gubernativo no puede tener la eficacia de una disposición de carácter general, por tener ambos distinta naturaleza». Y añaden: «En definitiva, la resolución vincula en los términos planteados y limitado al concreto caso que contempla y resuelve, es decir, tal y como sostiene el recurrente, no se puede separar del supuesto de hecho que la motiva ni de la argumentación utilizada en él y solo vincula al registrador calificador y a los demás que, por afectar a varios Registros, hayan de calificar el mismo documento». Recientemente la propia DGRN, haciéndose eco de lo dispuesto en varias sentencias como las antes citadas o la de 17-11-2006 dictada por la Audiencia Provincial de Granada o 24-2-2012 del Tribunal Superior de Valencia ha aceptado esta misma interpretación en sus Resoluciones de 9-3-2012, 13-3-1012 y 4-4-2012.

⁶³ La sentencia de 20 de mayo de 2008, dictada por la Sección 7.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo niega que el notariado ejerza un control de legalidad sobre los contratos o actos cuya autorización se solicita. Considera al respecto que los actuales artículos de la ley del notariado no establecen tal cosa, sino que cuando hablan del examen notarial de «la legalidad del otorgamiento», se refieren a «la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el artículo 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el artículo 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el artículo 195, tras lo cual el notario autoriza el documento». Por igual motivo, la sentencia de la Sección 3.ª de la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional, de 14 de febrero de 2013, anuló el primer párrafo del apartado 3.º y el apartado 4.º de la Orden EHA/2899/2011 por que responden a un control de legalidad (notarial) que no se entiende amparado legalmente. Esta afirmación es, pues, evidente en España, pero también en los demás países de la UE en que el notariado existe y así lo han confirmado hasta seis sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Justicia el 24 de mayo de 2011 a que, más adelante, nos referiremos.

⁶⁴ Véase pág. 139 de la misma obra.

⁶⁵ Véase el trabajo citado: «Property in Land», publicado en *Yale Law Journal*, vol. 102, págs. 1315 y sigs.

⁶⁶ Véase, por todos, el artículo 14 del capítulo 19 del Land Code de Suecia: «La decisión acerca de la inscripción de un título puede ser recurrida ante la Corte de apelación. La solicitud de recurso será remitida a la autoridad correspondiente».

⁶⁷ Seis fallos dictados por la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo, con fecha 24 de mayo de 2011, dicen textualmente: «las actividades notariales, tal y como se encuentran definidas en el ordenamiento jurídico respectivo (austriaco, belga, luxemburgués, francés, alemán y griego), no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero». Esta conclusión es extraña después de analizar una a una las funciones que el notariado tiene reconocidas en estos países y de comprobar que sus juicios están sujetos a la tutela de otros funcionarios de modo tal que carecen de fuerza vinculante. De igual modo, destacan el hecho de que «cada parte puede elegir libremente notario, ...lo cual, concluye, no es propio del ejercicio del poder público». Consecuentemente con esta apreciación, concluye que no cabe restringir el desempeño de su función a los ciudadanos nacionales del país en cuestión. Conviene también tener presente que, en algunos países como España, el arancel notarial admite reducciones voluntarias de hasta un 10 por 100 o sea, que el ejercicio de su actividad está parcialmente sujeto al principio de libertad de precios.

⁶⁸ Este monopolio natural aumenta además la previsibilidad de la calificación y también, de la situación jurídica de los bienes. La «vinculación» de los jueces a los asientos (en la medida en que han de atribuir la titularidad del derecho inscrito al adquirente que reúna los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de tercero hipotecario) permite conocer a priori, antes de contratar, la verdad oficial sobre dicha situación, verdad oficial que, merced a esta «vinculación», se transforma en real con lo que se facilita extraordinariamente el tráfico jurídico. Véase, C. PARDO NÚÑEZ, «La prevención del riesgo de evicción», en *Cuadernos de Derecho Registral*, págs. 112 y sigs. Aludiendo al efecto «expropiatorio» que la inscripción puede producir, afirma: «No parece que el derecho a expropiar (que es lo que, si se permite la libre elección de registrador, se está negociando en el margen) debiera poder comprarse en el mercado ni siquiera aunque fuese posible determinar con toda seguridad el justiprecio del bien afectado y el beneficiario estuviese en condiciones de pagarlo y dispuesto a hacerlo».

⁶⁹ Ya se ha señalado que, en el supuesto de que la pérdida proceda en virtud del juego del principio de inoponibilidad, debido a la actitud del titular que quiere mantener oculto su derecho, la indemnización no procede ya que, en este supuesto, el fundamento de la privación está únicamente en el incumplimiento por el interesado de un requisito que el Estado juzga imprescindible a los efectos de evitar un deterioro del interés público; en particular que el riesgo de evicción crezca hasta tal punto que el mercado hipotecario e inmobiliario se vuelva muy costoso o prácticamente inexistente. Por esta causa y como también se ha apuntado, resulta discutible la opinión tradicional de que, en este supuesto, estemos ante un caso de privación ya que, aunque la inscripción carezca de un carácter constitutivo, lo cierto es que el comprador en ningún caso llega a adquirir el poder de disposición del derecho objeto del contrato ni a ser titular de un derecho con eficacia *erga omnes* o sea, de un derecho que pueda denominarse real. Vemos así que la diferencia entre inscripción constitutiva y declarativa es a estos efectos prácticamente irrelevante. Lo decisivo es la existencia o no de un acto de atribución del Estado a través del consiguiente pronunciamiento registral.

⁷⁰ La responsabilidad en los países en que el Registro se limita a publicar los títulos depositados es diferente ya que, en estos supuestos, el daño solo puede deberse a la negativa injustificada a aceptar tal depósito o a la falta de publicidad de los mismos. De acuerdo con estos criterios, el artículo 2197 del Código Civil de Francia dice: «Los conservadores son responsables del perjuicio resultante de: 1.º De la falta de publicación de los actos y decisiones judiciales depositados en su oficina y de las inscripciones requeridas siempre que esta falta de publicación no resulte de su decisión de negar la extensión del asiento de presentación o de rechazar la práctica de la inscripción; 2.º De la omisión, en los certificados que expidan, de una o varias de

las inscripciones existentes, a menos que, en este último caso, el error proceda de designaciones insuficientes o inexactas que no le sean imputables». Y el artículo 2674 del Código Civil italiano señala: «Por negarse o retrasarse (en la presentación de un título), el Conservador está obligado a resarcir los daños causados a las partes», estando sujeto el conservador al régimen general de responsabilidad de los funcionarios públicos.

⁷¹ Véase, sobre este particular, el trabajo de José Simeón RODRÍGUEZ, *Principios de regulación y organización del sistema registral: poder público, organización autónoma, autofinanciación y responsabilidad*, presentado al XIV Congreso Internacional de Derecho Registral (www.cinder.org). Piénsese que, además de su fiabilidad, la eficiencia del sistema dependerá principalmente de la agilidad y la facilidad para el cumplimiento de los trámites de inscripción, circunstancia que casa mal con la escasez de recursos propia de la Administración. El documento «Beneficios económicos y sociales para una buena administración del suelo», aprobado conjuntamente por la UE y la ONU, apunta en esta línea que la administrativización aumenta los riesgos de subir los costes del sistema para obtener más recursos y de invertir menos de los que se precisan para su eficaz funcionamiento.

⁷² Se aplica fundamentalmente en Estados Unidos. Como vimos, en Francia, Italia o Bélgica el riesgo por los vicios ocultos suele ser asumido por el notariado, si bien defectuosamente en tanto en cuanto no se les aplica un régimen de responsabilidad patrimonial objetiva siendo, en última instancia, los particulares los que asumen los riesgos que este déficit genera.

⁷³ En estos sistemas de Registro de mera publicidad, el Estado se limita a dar a conocer los títulos que, en relación con un bien concreto, se han otorgado. De este modo, al renunciar a fijar, a atribuir, su titularidad de un modo irreversible o definitivo, evita que quepa reclamársele una indemnización por el error en que, al hacerlo, pudiera incurrir. Su inacción genera un importante coste para la economía del país y los ciudadanos en los términos antes referidos pero se prefiere asumir este que el riesgo de tener que afrontar el pago de cuantiosas indemnizaciones por razón de los daños que la atribución errónea de los derechos pueda ocasionar.

⁷⁴ La obtención de la seguridad requeriría acudir al procedimiento de purga pero, como ya se ha indicado, este ha devenido obsoleto. Véase, C. PARDO, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», trabajo incluido en el libro *La calificación registral*, tomo I, pág. 58 y sigs.

⁷⁵ Esta nota dificulta la agilidad para crear soluciones jurídicas a los nuevos problemas que la rapidez con que el mercado evoluciona demanda.

⁷⁶ El carácter constitutivo de la inscripción posibilita la determinación de todos los titulares afectados. En caso de que, efectuadas las notificaciones, medie oposición, se abre un juicio plenario lo que, si bien aporta una mayor garantía sobre la legalidad del negocio, encarece, complica y ralentiza extraordinariamente el proceso de transmisión. Dicho de otro modo, además de tener que esperar a que transcurra el plazo legal para oponerse a la inscripción, basta con que uno de los titulares la objete para que el retraso se magnifique.

⁷⁷ Esta limitación explica las dificultades de implantación que el sistema presenta. Por un lado, ya que, si al comienzo, se produce un siniestro, su cobertura resultará probablemente imposible; por otro, porque los afectados por su implantación (por ejemplo, las compañías de seguro de títulos en los Estados Unidos) provocarán intencionadamente ese fallo al objeto de impedir la implantación del sistema, pues es lógico prever que, tan pronto como ocurran varios siniestros cuya indemnización deba asumirse por el Estado en virtud de su responsabilidad subsidiaria, este renunciará a la implantación del sistema. La limitación de la cobertura que las leyes fijan al importe del fondo no evitaría el juego de esta responsabilidad subsidiaria ya que, como se ha dicho reiteradamente, no cabe la privación de un derecho real sin indemnización.

⁷⁸ Dice PARDO NÚÑEZ: «La duda de si la dilución de la responsabilidad por daños residuales debería hacerse entre el conjunto de los ciudadanos vía impuestos o entre los usuarios del sistema, vía incremento de tarifas, debe resolverse en contra de estos últimos de modo que sean exclusivamente ellos quienes, como sector, carguen con los sobrecostes que puedan derivar de los fallos inmanejables para el personal del servicio. En otro caso, se consumiría

más “actividad insegura” de la socialmente conveniente porque los precios no reflejarían el coste total de los accidentes» (pág. 133 de libro citado, *La prevención del riesgo de evicción*).

⁷⁹ Las diferencias obedecen principalmente a la distinta organización, como agencia y como colegio obligatorio respectivamente, de estos funcionarios.

⁸⁰ Lo que, como apunta PARDO en la obra citada, pág. 128, impide discriminar precios en función de la propensión al riesgo de determinados grupos lo que, como señala el autor, podría a su vez estimular el comportamiento oportunista de estos al no haber la reacción penalizadora con que las compañías suelen contestar este tipo de actitudes. En la práctica, este estímulo se traduce en un incremento de la dificultad para que los registradores ejerzan el control de legalidad que tienen encomendado y del riesgo que asumen al decidir sobre la extensión de un asiento.

⁸¹ En el sistema español, donde cada registrador hace suyas las cantidades satisfechas a cambio de la inscripción en concepto de arancel, existe una franquicia que evita su comportamiento oportunista pues, de otro modo, si no existiera, se incentivaría peligrosamente la inscripción o, lo que es igual, la producción de errores ya que, mientras que el beneficio de la asunción del riesgo solo aprovecharía al que la practicara, el coste de la indemnización que, si se materializara, habría que satisfacer, se repartiría.

⁸² Como es lógico, este principio de libertad de prueba rige también en los países en que el funcionario encargado de llevar el registro es un juez (Alemania, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Austria, Suiza, etc.). La atribución irreversible de un derecho real que la práctica de un asiento puede suponer impone este principio de libertad de prueba que, además, ayuda a eliminar errores y, por ende, reduce el número de casos en que la obligación de indemnizar el daño causado se da.

⁸³ En Alemania, la obligación de ratificar la prestación del consentimiento ante el registrador excluye este riesgo. En cuanto a Suecia y, en general, los países escandinavos la fe pública del Registro no se extiende a los supuestos en que el negocio de adquisición u otro de los antecedentes es declarado nulo por error en alguno de los cuatro hechos que a continuación se citan y cuyo enjuiciamiento se atribuye ordinariamente a los agentes inmobiliarios y a las entidades bancarias. De acuerdo con esta atribución, ellas son también las que asumen la responsabilidad generada por dicho error. En el número especial conmemorativo del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en México D.F. en octubre de 2004, la revista *Escribano*, publicada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, recoge un artículo firmado por los profesores LUCS WEYTS y ANDERS VICTORIN en el que se dice: «(En Suecia) los notarios son innecesarios porque otras instituciones sociales ejecutan sus funciones. Desde antaño, especialmente en las áreas rurales, con frecuencia se solicitaba a jueces legos participar en la redacción de contratos de compraventa de bienes inmuebles. Con el paso del tiempo, los abogados y otros profesionales participaron en las negociaciones y en la redacción de los contratos especialmente en materia mercantil. Mucho más importante en este rubro ha sido, sin embargo, la intervención de agentes inmobiliarios y de las instituciones bancarias en inmuebles de propiedad particular. En efecto, resultaba de su propio interés constatar que los documentos de venta fuesen legítimos y que el comprador y el vendedor hubiesen sido plenamente identificados. De aquí que debía exigirse que constara siempre su identidad».

⁸⁴ El error en la identificación del compareciente constituye un caso paradigmático de esta hipótesis. Acogiéndose a esta falta de responsabilidad objetiva del notario, la sentencia de 30 de septiembre de 2010, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, exoneró al autorizante de una escritura de compraventa y otra posterior de préstamo hipotecario de la obligación de indemnizar los daños causados por la usurpación por el compareciente de una identidad falsa y ello a pesar del error en que, al enjuiciarla, dicho notario había incurrido.

⁸⁵ El principio general de responsabilidad objetiva de la Administración y su consiguiente obligación de indemnizar los daños producidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos está recogido en los artículos 106.2 de la Constitución Española y en el 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁸⁶ El notariado siempre ha reivindicado como propia esta función de identificación. Lo ha hecho hasta el punto de que su entendimiento de que la dación de fe de la identidad de las personas le correspondía en régimen de monopolio fue uno de los motivos por los que su Consejo General impugnó la legalidad del artículo 3 del Real Decreto 1290/1999, que determina que «los servicios técnicos y administrativos destinados a garantizar la validez de los actos y documentos emitidos o recibidos a través de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos son los que permiten: a) Acreditar la identidad del emisor y del receptor de la comunicación así como la autenticidad de la voluntad; b) garantizar la integridad y conservación del contenido del documento en su emisión y recepción; c) acreditar su presentación o, en su caso, la recepción por el destinatario, de notificaciones, comunicaciones o documentación». Sin embargo, la sentencia de la Sección 3.ª de la Sala 3.ª del TS de 2 de julio de 2001 sancionó dicha legalidad por entender que no afectaba a las competencias que la ley atribuía al recurrente.

⁸⁷ Esta falta de responsabilidad contradice el artículo 1 del primer protocolo adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos toda vez que, mediante la inscripción del contrato otorgado por una persona diferente del titular registral, puede ocurrir que este «sea privado» de su derecho de propiedad sin que, paradójicamente, tenga derecho a ser resarcido de esta pérdida, lo que excluye la concurrencia de uno de los cinco requisitos que, como hemos venido analizando, la jurisprudencia europea exige para que tal privación pueda tener lugar. Por esta razón, en estos supuestos y en última instancia, la responsabilidad debe ser asumida por el Estado. Ahora bien, si esto es así y tiene que serlo, este se verá obligado a pagar debido a un error cometido por un operador en quien él ha delegado el monopolio del ejercicio de la función de identificación de los comparecientes y otorgantes de los únicos negocios jurídicos que pueden inscribirse ya que, salvo ciertas excepciones, su constancia en una escritura pública es requisito formal imprescindible para su acceso al Registro. Ahora bien, como consecuencia de este, tales negocios pueden dar lugar a la atribución *erga omnes* del derecho a favor del adquirente o del tercero que, a su vez, adquiera el derecho de él aún en el caso de que el titular registral ni se haya enterado de que se ha usurpado su personalidad. Además del sin-sentido que esta obligación del Estado reviste, su presencia constituye un riesgo para Él debido al nulo interés que ese operador tendrá en corregir esta deficiencia ya que no le supone ningún perjuicio.

⁸⁸ La fijación y publicación de la capacidad natural de las personas físicas también corresponde al Registro Civil. Desde este punto de vista, la ineficiencia que aqueja a su funcionamiento también implica un nuevo riesgo que afecta a la seguridad jurídica, un riesgo cuya implícita amenaza resulta incrementada tanto por la impericia del notario y la subjetividad del juicio que ha de emitir como por su falta de responsabilidad objetiva.

⁸⁹ Dado que la acreditación de estas circunstancias tiene únicamente lugar por la manifestación del compareciente, es factible a día de hoy que, en España, un ciudadano compre como ganancial aún estando soltero o, al revés, o que, en una misma mañana, otorgue varios contratos con un estado o una vecindad civil diferente en cada uno de ellos. Las lagunas que este deficiente funcionamiento del sistema genera minan la credibilidad de nuestro sistema de seguridad jurídica. Es inadmisibles que, con el desarrollo actual de la tecnología, la declaración de parte se imponga en el tráfico jurídico a la verdad oficial o que se siga hablando de la protección de la «apariencia» siendo así que, si la contratación continúa sustentándose sobre esta, es debido a una ineficiencia que algunos parece que no tienen interés en corregir.

⁹⁰ Las sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1996, de 31 de mayo y 4 de noviembre de 1997, de 28 de junio de 1999, de 1 de octubre de 2001, de 26 de junio de 2009, de 5 de noviembre de 2010 y de 25 de mayo de 2011, entre otras, han entendido que la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere que concurran los siguientes requisitos: un daño económicamente valuable, una relación de causa-efecto entre este y la actuación de la Administración, un comportamiento antijurídico o sea, arbitrario o irracional de la misma en virtud de la que quepa concluir que el ciudadano no tiene la obligación de soportar el perjuicio sufrido y la ausencia de una causa de fuerza mayor.