

La independencia del regulador hipotecario

por

ENRIQUE RAJOY BREY
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO HIPOTECARIO.

LA NECESIDAD DE LA INDEPENDENCIA DEL REGULADOR.

EL DILEMA DEL PRISIONERO Y LA CAPTURA DEL REGULADOR.

ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS DE CAPTURA DEL REGULADOR.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Como sucede con cualquier sector de la economía, los peligros que amenazan al mercado hipotecario son dos: el dominio de la Administración o de los grandes operadores en el proceso de atribución, definición y ordenación de derechos reales. En el primer caso, la actuación de la Administración busca obtener un poder sobre la sociedad que, por un lado, le facilite su control y, por otro, favorezca la primacía de los afines. En el segundo, los agentes intentan forzar la interpretación de las normas en su propio beneficio.

Todos conocemos los efectos perniciosos que una y otra práctica producen. El manejo de los derechos reales, de la propiedad, por la Administración acaba en el clientelismo y el temor de la sociedad hasta el punto de que, llegado un determinado nivel, es posible que ésta renuncie al ejercicio de ciertos derechos civiles y sociales cuya titularidad nominal le está atribuida

por las leyes y tolere prácticas contrarias a las mismas (1). El control de la situación jurídica de los bienes por los agentes que intervienen habitualmente en el mercado hipotecario implica su abuso sobre los operadores ocasionales, la desprotección de los terceros que, a pesar de que ostentan algún derecho sobre esos bienes, no comparecen ni, por tanto, consienten en ciertos contratos que recaen sobre ellos, la flexibilización e incluso el incumplimiento de las limitaciones administrativas que afectan al ejercicio de los derechos reales (2) y la ocultación, el falseamiento o la disimulación de algunos hechos imponderables para evitar el pago de impuestos (3).

La consecución del primer fin, el control del ejercicio de la función de que hablamos por la Administración, exige la reducción del Registro a un apéndice de ésta, de manera que, en lugar de ser autónomas, las decisiones de sus responsables obedezcan o se sujeten a los criterios que se les dé. La inobservancia de estas pautas conduciría a su remoción o separación (4). Y, al contrario, la promoción iría ligada a la subordinación y la colaboración en la ejecución de los fines que esa Administración persiga. La materialización del segundo ries-

(1) El origen de esta reacción está en el miedo. Por regla general, la gente prefiere mantener su nivel de vida y, como vulgarmente se dice, no meterse en líos, que arriesgar su bienestar para ejercer los derechos sociales o políticos que la Ley le atribuye. Esta actitud es a menudo la que permite el establecimiento de una dictadura y la que explica el interés que muchas de ellas tienen en controlar la función de que hablamos. Conviene no olvidar que los regímenes democráticos sólo se desarrollaron cuando la tutela del derecho de propiedad se atribuyó a reguladores independientes. Es más, cabe incluso apuntar que el progreso, que la revolución económica que se inició a mediados/finales del siglo XIX, se sustentó, entre otros pilares, en la posibilidad que la institución del Registro de la Propiedad propició de fraccionar la propiedad y generalizar el préstamo hipotecario. Obsérvese que, además, en tanto que titular de derechos privados, puede plantearse una colisión de intereses entre la propia Administración y los ciudadanos lo que, cuando hablamos de un Estado de Derecho, excluye la existencia de una situación de jerarquía entre esa misma Administración y los funcionarios encargados de atribuir los derechos reales ya que, como todos sabemos, nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo.

(2) En la actualidad, nadie duda de que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto. La propia Constitución recoge su dimensión social en el artículo 33.2. Esta concepción justifica la existencia de ciertas limitaciones administrativas que el titular del derecho pretende a menudo burlar al objeto de obtener el máximo beneficio de su propiedad, aunque ello perjudique a la comunidad.

(3) Incluso hoy en día, pueden verse prácticas como la de utilizar conceptos jurídicamente inexistentes, cual es el de independizar un elemento en lugar de segregarlo, la de extinguir un usufructo como acto previo de una compraventa sin solicitarlo expresamente sino mediante la aportación del certificado de defunción o la de omitir en el título o encabezamiento de la escritura alguno de los actos documentados: por ejemplo, un exceso de cabida. Véase sobre el particular, la sentencia de 17 de junio de 2008, de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

(4) Venezuela representa uno de los ejemplos de esta política. Así, el artículo 16 de la nueva Ley de Registro de Venezuela dice: «Los registradores..., así como los funcionarios de sus dependencias, ocupan cargos de confianza y, por lo tanto, son de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo establecido en el presente DL y en el reglamento correspondiente».

go, la preeminencia de los operadores más fuertes en el mercado, presupone su posibilidad de atrapar al regulador. Ahora bien, esta opción sólo existirá en la medida en que puedan elegirlo, en que su determinación no dependa de un criterio objetivo o, lo que es igual, en la medida en que no exista una regla que delimite la competencia de cada uno de ellos, sino que varios lo sean indistintamente de manera que la propia voluntad de esos operadores sea el único factor que fije la intervención de uno u otro regulador.

La gravedad de los daños que las dos prácticas causan irremediablemente ha motivado que, en los países en que una de ellas se da, la atribución de los derechos reales nunca tenga un carácter definitivo (5). Este resultado introduce un factor de inseguridad en el tráfico, pues lo dificulta, ralentiza y encarece si bien, por este mismo motivo, también genera beneficios para ciertos agentes cuya actuación, en otro caso, si esa inseguridad no se produjera, carecería de sentido (6).

Durante los últimos años, en España, hemos asistido a una progresiva reducción de la independencia en el proceso de asignación, definición y ordenación de los derechos reales. Los Registradores que, por ley, tienen encomendada esta función han visto cómo la Administración ha pretendido cercenar su competencia para ejercer el control de legalidad de los actos o contratos que se presentan a inscripción. Esta pretensión se ha tratado de ejecutar por una doble vía: mediante la creación de una inexistente relación de jerarquía entre la DGRN y los Registradores y el trasvase de las funciones de control cuyo ejercicio se ha prohibido al Registrador a favor de otros funcionarios que actúan en régimen de libre competencia y, a su través y en virtud de la situación de dependencia en que este régimen les sitúa, de los grandes operadores que intervienen en el mercado hipotecario. Esta atribución, este control sobre la legalidad de los negocios jurídicos y, por ende, sobre la titularidad, extensión y preferencia de los derechos reales que, en última instancia, se confiere a los agentes que ostentan una posición dominante en el mercado constituye la primera paradoja de las medidas adoptadas, ya que tal fin no se produce mediante una reducción de las competencias de la Administración o de la eficacia de los asientos del Registro, según cabría suponer, sino a través de la imposición por esa Administración a los funcionarios que operan con un criterio objetivo de competencia (los Registradores) de una férrea sujeción a sus interpretaciones

(5) La fijación de la titularidad tiene siempre un carácter provisional. Se realiza *ex-post*, o sea, no mediante la inscripción, sino en un momento posterior, cuando el conflicto se plantea. Pero, esta atribución vincula únicamente a las partes que han litigado, pues la excepción de cosa juzgada no puede hacerse valer frente a los terceros que no han sido parte en el pleito. Por ello, cuando en estos países alguien pretende adquirir una titularidad definitiva, una titularidad libre de amenazas, ha de acudir al procedimiento de purga. Para un estudio más detallado de esta cuestión, véase Celestino PARDO, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», incluido en el libro *Homenaje a José María Chico Ortiz*, CRPME, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, págs. 711-736.

(6) Por ejemplo, las compañías de seguro de títulos.

normativas y la atribución a éstas de un valor que, en última instancia, contradice el principio de tutela judicial efectiva que recoge nuestra Constitución.

Para el cumplimiento de estos fines, la DGRN ha utilizado un doble artilugio. Así, en primer lugar, ha concluido que, en la aplicación de las normas, los Registradores están sujetos a su interpretación, aún en el caso de que la resolución que la ha fijado esté recurrida ante los Tribunales o una o dos instancias judiciales hayan decretado su nulidad o improcedencia. Este criterio ha sido unánimemente contestado por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la sentencia 29/2008, de 22 de enero, de la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, afirma: «A mayor abundamiento, ha de recordarse que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria señala que los registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se suscitan. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede, con arreglo a nuestra legislación política, estar subordinado a la autoridad del orden administrativo, principio de salvaguardia judicial que acoge el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, y por tanto la doctrina de la DGRN no puede ser de rango superior a la jurisprudencia dictada por la Sala 1.^a del TS, por lo cual, si el asunto de fondo debatido se encuentra pendiente de resolución firme por los Tribunales y sujeta al control jurisdiccional hasta tanto no se pronuncien definitivamente los Tribunales, su vinculación no resulta pertinente». Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de febrero de 2004, sostiene que: «si estas instrucciones (las que supuestamente tienen carácter vinculante y que han sido dictadas por la DGRN) se inmiscuyeran en funciones de calificación registral que son propias de los Registradores bajo su única responsabilidad, ello supondría la inmisión de un órgano administrativo en la calificación atribuida por Ley a los mismos y no a la DGRN... Además, la DGRN reconoce que puede analizar la calificación registral pero en vía de recurso gubernativo y no por vía de instrucción previa, adelantándose y saltándose así todos los trámites y normas sobre calificación registral y recurso gubernativo». Por último, la sentencia de 14 de marzo de 2007, del Juzgado de Primera Instancia número 53 de Barcelona, estima improcedente la doctrina de la DGRN sobre el alcance vinculante de las resoluciones singulares que deciden recursos gubernativos, pues la vinculación de las resoluciones estimatorias de los recursos es la misma que la de un acto administrativo singular, aclarando, acto seguido, que «la vinculación para todos los Registradores» debe entenderse en el sentido de vincular al Registrador calificador y a los demás Registradores que hayan de calificar el mismo documento por afectar a varios registros (7).

(7) Este unánime criterio jurisprudencial tiene su correlativa manifestación en la doctrina. Véase, por todos, el trabajo del Magistrado del Tribunal Supremo, Ernesto PECES MORATE, «La Resolución de la DG, estimatoria del recurso: efectos» publicado en la

El segundo artificio de que la DGRN se ha valido para imponer su interpretación y vulnerar el principio de tutela judicial efectiva consiste en decretar la obligación del Registrador de inscribir sus resoluciones aún cuando las mismas estén judicialmente recurridas (8). Esta actitud choca nuevamente con el criterio jurisprudencial. La razón es bien sencilla, ya que el privilegio de que la Administración disfruta para ejecutar sus actos y resoluciones, una vez que sean firmes en vía administrativa, aunque hayan sido objeto de recurso judicial (arts. 94 y 111.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) se funda en la necesidad de tutelar el interés público que representa. La finalidad es evitar que los recursos judiciales interpuestos por la otra parte, que defiende un interés privado y se enfrenta a la Administración, puedan lesionar ese interés público. Sin embargo, en este caso, no existe esta colisión entre un interés público y otro privado. Así se afirma en la citada sentencia de 22 de enero de 2008, de la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que explica lo que, aunque la DGRN no se dé por enterada, parece obvio: «En los recursos gubernativos no existe un derecho subjetivo como subyace en el procedimiento administrativo común, sino que tanto el Registrador como la propia DGRN, como sanciona la mejor doctrina, actúan en defensa de la legalidad y de unos presuntos terceros que no se encuentran presentes, pero pueden ver alcanzados sus derechos».

Consecuentemente con esta interpretación, hay que concluir que el régimen a aplicar no es el que marca la LRJAPYAC, sino la LEC, que atribuye a la autoridad judicial la competencia para decretar esa ejecución provisional (art. 526 y sigs.). La propia autoridad judicial será la que, en su caso, deter-

RCDI, marzo/abril de 2003, núm. 676, donde afirma: «no me parece que la literalidad del precepto en cuestión, ni menos su interpretación sistemática o teleológica, confiera una fuerza vinculante a las declaraciones o doctrina de la DGRN, que ni siquiera tiene la jurisprudencia emanada de reiteradas sentencias del TS, de la que pueden separarse los jueces y tribunales, siempre que la justicia del caso lo requiera y se razone de forma lógica y suficiente». Y más adelante: «Por otra parte, idéntica eficacia ha de tener la resolución estimatoria del recurso que la desestimatoria, con la única diferencia de que ésta no es necesario publicarla en el *BOE* porque, lógicamente, no cambia ni altera la situación registral a diferencia de la estimatoria, razón por la que, a partir de su publicación, vincula a los Registros y a cualquier interesado, quien, de no haber sido notificado, podrá, a partir de dicha publicación, deducir el correspondiente recurso jurisdiccional pretendiendo su anulación». Por otro lado, para evitar que esa vinculación, que ella misma atribuye a sus resoluciones, deje de operar, desde el 3 de julio de 2006 no ha publicado una sola sentencia entre las varias que han anulado diferentes Resoluciones, práctica que pone de manifiesto su interés por el buen funcionamiento de la seguridad jurídica preventiva. La interpretación de la DGRN conduce a resultados tan absurdos como el de suponer que si, como ocurre con su interpretación sobre la inscripción de los contratos documentados en escrituras autorizadas por un notario extranjero, todas las resoluciones que sostienen su doctrina han sido anuladas por los Tribunales, los registradores deben seguir aplicándola.

(8) Véase la Resolución de 10/11/2006, *BOE* del 30 de ese mismo mes y año.

mine si procede o no la prestación de fianza. Es más, hay que recordar que el artículo 524 del mismo cuerpo legal apunta que, «mientras no sean firmes (por ser susceptibles de recurso judicial)... sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos». Resulta pues evidente que, pese al proceder la DGRN, resulta contrario al ordenamiento jurídico atribuir a una resolución administrativa una eficacia mayor de la que la ley reconoce a las sentencias judiciales. Y éste es el fin a que conduce la interpretación de la DG, tal y como resulta del análisis de los distintos efectos que se derivarían según que el recurso se interpusiera en vía administrativa o judicial, opción que la Ley 24/2005 otorgó a los interesados (art. 324.1 LH). De acuerdo con el parecer de la DGRN, si el interesado interpusiera directamente el recurso judicial, la sentencia no podría ejecutarse en tanto que no se hubiera resuelto el último de los recursos posibles (vid. arts. 524 LEC y 3, 82-1 y 83 de la Ley Hipotecaria, y 165, 174-3, 198, 206-1 y 207 de su Reglamento); por el contrario, si acudiera a la vía administrativa, la Resolución de la DGRN, aunque sea recurrida judicialmente, debe inscribirse, hecho que, tal y como se acaba de señalar, significaría en la práctica atribuir a sus actos una eficacia mayor que la atribuida por el legislador a las sentencias judiciales (9).

(9) Por lo demás, como algunos autores han indicado, la interpretación que la DG propone es incongruente con la legislación hipotecaria. Valgan de ejemplo los siguientes artículos:

- A) El artículo 66 LH, que ha sido modificado por la citada Ley 24/2005, y que extiende la prórroga del asiento de presentación no sólo hasta la resolución definitiva del recurso gubernativo, como ocurría en la anterior redacción del precepto, sino hasta que finalice la revisión judicial de la calificación posterior a la resolución de la DGRN, lo que es absolutamente incompatible con su inmediata ejecutividad. Esta modificación demuestra que la finalidad de la reforma ha sido precisamente la contraria que la DGRN defiende; en concreto, la de impedir en todo caso la ejecución de sus resoluciones. Es por ello muy importante destacar la sutil pero decisiva variación del artículo 66 LH, ya que, mientras anteriormente hablaba de que la caducidad del asiento de presentación quedaba en suspenso «desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva», hoy se dice que tales plazos quedarán en suspenso «desde el día en que se interponga la demanda o el recurso hasta el de su resolución definitiva». Por tanto, la continuidad del asiento de presentación, incompatible con la inscripción inmediata, se ordena no sólo hasta la finalización de la vía administrativa, como antes ocurría, sino hasta la culminación de la vía judicial a través de una sentencia definitiva y firme.
- B) El artículo 327.11 que señala que, para practicar la inscripción, es necesario «que no conste al registrador la interposición del recurso judicial a que se refiere el artículo siguiente», lo que permite deducir, sin mayor dificultad, la absoluta incompatibilidad entre inscripción y puesta en cuestión judicial de la resolución que provisionalmente la acuerde.
- C) El párrafo 4 del artículo 328 LH, modificado por la Ley 24/2005, que ha introducido expresamente la posibilidad de exigir fianza al recurrente en vía judicial «para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya

Permitir la ejecución de las Resoluciones de la Dirección General cuando aún no se ha obtenido una decisión firme acerca de la calificación del Registrador puede convertir además el ulterior juicio verbal en absolutamente inservible. Si la sentencia resuelve el litigio del mismo modo a como lo hizo la DGRN, entendiendo que el negocio jurídico es inscribible, como ya se habrá practicado previamente la inscripción en ejecución de la Resolución del órgano administrativo, no será posible ni necesario ejecutar la sentencia. Pero, y aquí radica la verdadera gravedad del asunto, si el Juez entiende que el documento no es inscribible, su decisión no sería directamente ejecutable, en primer lugar porque, a través del juicio verbal, no es posible ordenar la cancelación de una inscripción sino que debe acudir al correspondiente procedimiento declarativo y, en segundo lugar, porque existe el riesgo de que ya no sea posible la inscripción, ni siquiera acudiendo al procedimiento judicial correspondiente por el juego del artículo 34 LH (10).

sido calificado negativamente». Hay que recordar que el antiguo párrafo sexto del artículo 328 LH concedía al Juez la facultad de solicitar la prestación de fianza al que solicitara la ejecución provisional de las Resoluciones de la DGRN. Este traslado del deber de prestar fianza, de quien solicita la ejecución provisional a quien recurre judicialmente y, eventualmente, retrasa con ello el momento en que se obtiene la resolución definitiva, sólo se explica por la correlativa desaparición de la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la Resolución de la Dirección General, en tanto no haya una decisión firme (verdadera finalidad de la supresión de ese párrafo sexto), y por tanto, la imposibilidad de practicar en estos supuestos la inscripción que ordenó la DGRN hasta que se dicte sentencia que, en su caso, así lo confirme.

- D) El párrafo penúltimo del artículo 327 LH que dice: «el plazo para practicar los asientos procedentes, si la resolución es estimatoria... empezará a contarse desde que hayan transcurrido dos meses desde su publicación en el *BOE*». Resulta evidente que esta cautela tiene como finalidad permitir que, antes de extenderse un asiento, expire el plazo que la ley establece para recurrir judicialmente la resolución recaída (art. 328.2 LH) y que el fundamento de la misma es el hecho de que el recurso suspende la ejecución de la resolución. En otro caso, si el Registrador tuviera necesariamente que extender el asiento, carecería de sentido demorar su práctica dos meses.
- E) Los artículos 3, 82-1 y 83 de la Ley Hipotecaria, y 165, 174-3, 198, 206-1 y 207 de su Reglamento, que establecen que los actos administrativos y las sentencias que no son firmes tampoco son susceptibles de causar asientos de inscripción o cancelación.
- F) El artículo 328.1 de la Ley Hipotecaria, que establece que atribuye la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones a la jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa.
- (10) Aunque cabría interpretar que la constancia de la interposición del recurso evitaría la aparición de un tercero protegido, no hay que olvidar que es posible, sino frecuente, que se presenten correlativamente dos títulos (en los que, por ejemplo, se documente una venta y una hipoteca). Si admitimos la inscripción de la primera en virtud de una resolución de la DG que así lo admita, el segundo contrato no quedaría afectado (en virtud del juego del principio de prioridad) por el recurso que, en vía judicial, se interpusiera y su inscripción podría propiciar la aparición de un tercero protegido que, como ya se ha señalado, haría inviable la ejecución de la sentencia que se dictara posteriormente.

La DGRN ha defendido que su proceder está avalado por la administrativización del procedimiento registral. Sin embargo, como hemos comprobado, este criterio no se sostiene. Es más, resulta evidente que el legislador no ha buscado este fin, pues sólo así cabe entender el hecho de que la mayoría de las garantías que existen en el administrativo sigan sin estar presentes en el hipotecario (11) y que, incluso, algunas que sí lo estaban hayan sido suprimidas; por ejemplo, la obligación de notificar a los terceros (12). Una vez más nos encontramos con que la propia jurisprudencia ha desdicho esta interpretación, por ejemplo, en cuanto al plazo que la DGRN tiene para dictar sus resoluciones. Contrariamente a la tesis que ésta defiende, los Tribunales han considerado mayoritariamente que, transcurrido el plazo de tres meses fijado en el artículo 327.9 LH, la Administración no puede dictar una resolución expresa contradictoria con la presunta recaída a pesar de lo dispuesto en los artícu-

(11) Las Resoluciones de 14 y 17-VII-2006 (*BOE* de 25-VIII-2006) afirman que «las modificaciones introducidas en la normativa hipotecaria desde la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, hasta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, han tenido como objeto administrativizar el proceso de calificación». Y más adelante insiste en que «la actuación calificador de los Registradores... participa de los caracteres propios de una función pública cuyo ejercicio ha de sujetarse al régimen jurídico propio de la actuación de las Administraciones públicas»; para concluir que «(la calificación) es un acto administrativo... sujeto a las reglas de elaboración de cualquier acto administrativo». Sin embargo, como acabo de apuntar, las leyes citadas no han incorporado una sola de las garantías esenciales del procedimiento administrativo al registral. Ni el derecho a no presentar los documentos que ya obran en poder de la Administración actuante (art. 35.f de la LRJPAC), ni el de audiencia (art. 84), ni el de libre proposición de pruebas (art. 80), ni el de motivación de los actos administrativos (art. 54) se han introducido en él. Es más, la DGRN ni siquiera ha respetado la obligación de la Administración de no dictar una resolución tardía que no sea confirmatoria de la producida por silencio (art. 43.4.a). Esta contradicción, resaltada aún más por el carácter civil de los Tribunales que conocen de los recursos contra la calificación de los Registradores y la posibilidad, introducida por la última de las leyes citadas, de acudir directamente a la vía judicial en esta vía de recurso, revela que, más que administrativizar el procedimiento, la finalidad de las citadas reformas legales ha sido la de agilizarlo.

(12) Así, el párrafo quinto del artículo 327 LH decía: «Igualmente lo trasladará (el recurso) a los titulares cuyos derechos consten presentados, inscritos, anotados o por nota al margen en el Registro y que puedan resultar perjudicados por la resolución que recaiga en su día. Cuando la nota desestimatoria se funde en la falta u omisión de una licencia o autorización de cualquier autoridad u organismo público o de la falta u omisión del consentimiento de una persona física o jurídica, el Registrador les notificará la interposición, en su caso, del recurso». La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, suprimió esta obligación en un intento por volver a un oscurantismo cuyo origen permanece todavía hoy ignoto. Si unimos esta supresión a la interpretación que la DGRN ha hecho de la reforma del párrafo tercero del artículo 328 en el sentido de considerar que el Registrador carece de legitimación para recurrir sus resoluciones ante los Tribunales, nos encontramos con el absurdo de que un ciudadano puede ser privado definitivamente de su derecho sin haber sido notificado de esta circunstancia y sin que su defensor natural («el fiscal de los ausentes», llamaba Jerónimo GONZÁLEZ a los Registradores) pueda recurrir contra la decisión que sanciona esa «confiscación» de su derecho. La realidad de esta posibilidad, que choca frontalmente con el artículo 33.3 de nuestra Constitución, resulta de la interpretación que el TS ha realizado del artículo 34 de la Ley Hipotecaria a la que más adelante nos referiremos.

los 42 y 43 de la LRJAPYAC. Como resumen, baste citar la repetida sentencia de la sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que afirma: «Sin embargo, esta tesis formalista (la de la DGRN que sostiene la aplicabilidad de los artículos citados) es contraria a la protección del interesado e incluso de los terceros, pues no tiene en cuenta que la reserva de prioridad que se produce con el asiento de presentación tiene un plazo temporal de vigencia fuera del cual, y con independencia de la regulación de la LRYAPYAC que no ha podido tener presentes estos efectos perversos, lo que al final comporta es todo lo contrario a lo perseguido por nuestro sistema registral como sería la inaplicación del principio de seguridad jurídica y dar origen a su propia desnaturalización si apoderáramos a la Administración para que, en tiempo indefinido, pueda dictar resoluciones tardías (sin sujeción temporal) en los recursos gubernativos». Se puede decir más alto pero no más claro. El argumento de la DGRN (que tanto recuerda al que ha utilizado en materia de calificación de poderes) de que, caso de que se generen perjuicios, su resarcimiento podrá efectuarse por la vía de la exigencia de responsabilidad ignora el fin del sistema (la seguridad jurídica preventiva) sin reparar, al menos aparentemente, que puede ocurrir que el interesado quede definitivamente privado de su derecho de propiedad, o sea, de su casa o local como consecuencia de la mala praxis y/o negligencia de la propia Dirección (13).

Además de la indicada, en este proceso, llaman especialmente la atención dos circunstancias: la primera, que la Administración haya optado tan alegremente por asumir la responsabilidad de múltiples inscripciones pues, de seguirse su criterio, lo sería de los perjuicios causados por cualquiera que haya sido extendida en base a su interpretación, y la segunda, que, frente a lo que constituye la regla no ya general sino unánime en el derecho comparado, el trasvase de competencias para efectuar el control de legalidad de los actos y contratos que se pretenden inscribir se haya querido conciliar con el mantenimiento de las presunciones de legalidad y legitimación que se derivan de los asientos del Registro, de modo que, como veremos, se ha preservado la fortísima protección al tercer adquirente que establece el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria con la falta de control de ciertos aspectos de la validez de los negocios jurídicos que se inscriben por un regulador independiente, o sea, por un regulador con competencia objetiva (14).

(13) Los dos artilugios de que la DGRN se ha servido para el cumplimiento de sus fines encuentran su colofón en la práctica de abrir expedientes disciplinarios a los registradores que no califiquen según su criterio aún cuando se trate de cuestiones que están *sub iudice* o que algunos jueces han interpretado en un sentido contrario al que ella sostiene o consideran que no cabe la inscripción de una resolución que no es firme y que no sólo no lo es sino que, asómbrense, ha sido declarada judicialmente nula.

(14) Hasta la reforma de noviembre de 2005, los aspectos cuyo control escapaban al control del Registrador se referían a hechos (fecha de documentación del contrato y realidad de esta circunstancia) o a apreciaciones concernientes a las partes (capacidad natural,

CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO HIPOTECARIO

1.^a La exclusividad de los bienes a que se refieren los derechos reales (15). Esta nota viene impuesta por su naturaleza, ya que es evidente que, salvo en el

conformidad entre lo querido y lo firmado, falta de violencia o coacción e identidad). Desde entonces, la DGRN ha interpretado que también quedan excluidos ciertos aspectos, como la suficiencia o vigencia de las facultades de representación, que afectan directamente a los terceros que no concurren al otorgamiento. Además de a las transformaciones del mercado hipotecario, a las que seguidamente nos referiremos, quizá no sea extraña a este cambio de criterio, la sentencia de la Sección 3.^a de la Sala 3.^a del TS, de 2 de julio de 2001 que, frente a la impugnación del Consejo General del Notariado, sancionó 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». Resulta difícil suponer que la entidad de firma electrónica que se responsabiliza de estos aspectos no lo hará también de la capacidad natural de la persona a favor de la que la expide lo que, caso de desarrollarse estas entidades, privaría prácticamente al notariado del control de los aspectos que, hasta la fecha, quedaban fuera de la calificación del Registrador. Esta pérdida, así como la estandarización de la documentación y el aumento de la dependencia del notariado respecto de su clientela (aspectos a los que seguidamente me referiré), explican la profunda transformación que esta institución ha experimentado en la mayoría de los países de la UE (con la notable excepción de España) y también, su insistencia y agresividad en orden a ganar nuevas competencias que, no sólo nunca ha ejercido, sino que son radicalmente incompatibles con la manera en que cumple su función. El celo de la DGRN en su intento de ampliar estas competencias ha llegado tan lejos que la sentencia (firme) de 4 de julio de 2005, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 6 de Pamplona, anuló la Resolución de 6 de octubre de 2004 que, por la vía de hecho, confería al notario algunas de las que son propias de los secretarios de los Ayuntamientos. Dice la sentencia que la legitimación de la firma del Alcalde por el notario no supone (art. 256 del Reglamento Notarial), sino un testimonio de que la firma ha sido puesta en presencia del notario o el juicio de éste sobre su pertenencia a una persona determinada, pero sin asumir responsabilidad alguna por el contenido del documento y sin ejercer ningún control sobre la validez, legitimidad y vigencia, control que corresponde al secretario del Ayuntamiento, por lo que su firma en la correspondiente certificación es la única hábil no sólo para dar fe de la validez de dicho acto administrativo, según establece el artículo 162.13 del Real Decreto Legislativo 78/1986, sino también de la validez, legitimidad y vigencia en el cargo de la persona que comparece como Alcalde.

(15) Exclusividad que, como dice Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, págs. 14-16, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, implica: a) un poder o señoría inmediato sobre la cosa, y b) la protección *erga omnes* de ese poder. En consecuencia, no cabe hablar de derecho real si, a pesar de haber adquirido con los requisitos del artículo 34 LH, el titular puede ser privado de él. Como apunta Fernando MÉNDEZ («La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *RCDI*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007): «Sin un título esgrimible *erga omnes*, difícilmente puede sostenerse que se tiene un derecho de propiedad; en el mejor de los casos, sólo se disfrutará de la posesión del bien a título de dueño; dicha posesión

caso de que exista una cotitularidad, no cabe que un derecho real pertenezca simultáneamente a dos personas. Del mismo modo, y salvo pacto expreso en el que se estipule la igualdad de rango cuando ésta sea posible, los derechos reales de garantía se ordenan con arreglo a una jerarquía que el Registrador fija y que determina la preferencia de los acreedores para el cobro de sus créditos. La aplicación del principio de especialidad impone que esta determinación no sólo sea cualitativa sino también cuantitativa (16) y, por otro lado, que el elenco de facultades que cada derecho atribuye a su titular esté perfectamente delimitado en el caso de que varios recaigan sobre un único objeto.

2.^a La irreversibilidad de las adjudicaciones de derechos reales realizadas por el Registrador a favor de los titulares que reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En efecto, aún cuando algunas sentencias del TS (17) han fallado que, si en el momento de trabarse un embargo, el titular registral había enajenado la finca, la protección del artículo 34 no podía atribuirse a la persona que la había adquirido en el procedimiento de ejecución, aunque el comprador no hubiera inscrito el contrato y, por tanto, los asientos del registro no le adjudicaran el derecho, la mayoría de ellas ha entendido que el artículo 34 protege al adquirente del titular registral aunque, de conformidad con las normas del Código Civil, éste haya dejado de ser dueño por haber transmitido su derecho si el segundo adquirente, primero en el tiempo, no había inscrito su contrato de adquisición (18). La reciente sentencia de 5 de marzo de 2007, adoptada unánimemente por la totalidad de los miembros de la Sala 1.^a del citado Tribunal, ha zanjado esta contradicción al afirmar que: «La doctrina sobre el artículo 34 LH, que procede dejar sentada, comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; y segundo, que el mismo artículo no su-

puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión y, de ese modo, obtener una sentencia, que sería un título oponible *erga omnes*».

(16) La preferencia que un asiento atribuye a un acreedor para el cobro de su crédito se limita al importe que figura garantizado en el mismo con la única excepción de las anotaciones de embargo en las que la garantía se extiende también en perjuicio de tercero a los intereses, costas y vencimientos periódicos posteriores de la deuda asegurada (art. 613 de la LEC en relación con el 662 y el 659.3 del mismo cuerpo legal). Por el contrario, en materia de hipotecas, diferentes Resoluciones de la DGRN (26 de mayo de 2001, 17 de enero y 8 de junio de 2002) han confirmado que la ampliación del importe garantizado no puede perjudicar los derechos de los terceros que hayan inscrito su derecho después de la hipoteca pero antes de la ampliación.

(17) Véanse, por ejemplo, las de 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 10 y 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006.

(18) Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de octubre de 1998, 22 de junio de 2001, 6 de mayo de 2004, 24 de junio de 2004, 25 de octubre de 2004, 30 de diciembre de 2005 y 21 de julio de 2006.

pone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro» (19).

3.^a Consecuencia de estas dos notas son los efectos externos que la práctica de un asiento produce. Estos efectos externos implican la vinculación de una pluralidad de terceros a la adjudicación de un derecho realizada por ese asiento. La denominación «terceros» alude a su falta de intervención en el otorgamiento y documentación del negocio jurídico que se inscribe (20). Estos terceros pueden ser el propio titular (21),

(19) La atribución a los Tribunales de lo Civil de la última palabra en materia de recursos contra la calificación del Registrador, ratifica esta interpretación de que la calificación constituye de facto un acto de atribución de derechos. En este sentido, puede verse la introducción de Antonio PAU al libro «Prontuario de Jurisprudencia Registral» de Juan Carlos CASAS ROJO, Cuadernos de Derecho Registral. Señala el citado autor: «La entrada de los Tribunales en la esfera de la calificación ha producido un giro de importancia. El juez civil no se limita a revisar la calificación. Lo que se entabla en el lugar del viejo recurso gubernativo es un juicio plenario. Las partes pueden hacer cuantas alegaciones consideren oportunas y aportar cuantas pruebas estimen adecuadas para orientar la decisión judicial. Una decisión que no se limitará a decidir sobre la inscribibilidad, sino que abordará la validez del título y la eficacia del negocio subyacente». Estos pronunciamientos demuestran, frente a la opinión de la DGRN, que la inscripción conlleva la adjudicación de un derecho de un modo que, como se acaba de advertir, puede ser definitivo o sea, no revisable ni siquiera por los Tribunales que habrán de limitarse a constatar la concurrencia en el tercer adquirente de los requisitos fijados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La definitiva confirmación de esta interpretación por el TS obliga a replantear el problema de la prueba en el procedimiento registral y, más concretamente, su circunscripción al documento notarial. El propio TS, en la sentencia antes citada de 5 de marzo de 2007, apunta en esta dirección al señalar en el último párrafo del octavo fundamento de derecho: «cierto es que esas razones de justicia pueden aparecer especialmente poderosas cuando se considera la situación de los compradores de viviendas en documento privado, impedidos por ello de inscribir su adquisición, que se vean privados de su propiedad, pese a haber entrado en posesión de las viviendas compradas, cuando se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, titular registral, y tal procedimiento culmina con la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Pero no lo es menos que tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral».

(20) Como indica José Manuel GARCÍA GARCÍA (vid. pág. 48, nota 1 al párrafo primero del art. 1 de la Ley Hipotecaria, de su obra *Código de legislación hipotecaria, inmobiliaria y del Registro Mercantil*, Editorial Civitas) para entender el proceso de atribución de los derechos reales o la fijación de su preferencia hay que distinguir entre el acto o contrato que es la causa de la inscripción; el documento o título formal, que es la prueba de ese acto o contrato; y el derecho real o asimilado, que constituye propiamente el objeto de la inscripción.

(21) En el supuesto de que no haya contratado personalmente. A tenor de la jurisprudencia antes citada, su condición de perjudicado resulta obvia cuando su adquirente ha dispuesto a favor de otra persona que ha inscrito el derecho a su favor. Pero la interpretación que el TS ha realizado del artículo 34 en la última de sus sentencias, plantea una nueva interrogante: si, aunque las facultades por él conferidas no hubieran sido suficientes para el otorgamiento de ese negocio jurídico, el adquirente debería ser mantenido en su titularidad. Más que al caso de suplantación de identidad, me refiero al de error en la valoración de dichas facultades. Si la respuesta es afirmativa, la última interpretación que

una pluralidad determinada de personas (22) o la comunidad en su conjunto (23).

4.^a Otro aspecto muy importante del mercado hipotecario lo constituye su estructura, ya que unos pocos operadores intervienen en un porcentaje muy alto de la contratación. En concreto, cinco entidades conceden más del 50 por 100 de los préstamos hipotecarios y, aproximadamente, el 15 por 100 de las empresas del sector desarrollan el 90 por 100 de las construcciones (24).

la DGRN ha realizado del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, supondría una amenaza para el sistema, ya que se admitiría que el control jurídico llevado a cabo por un funcionario elegido por las partes perjudicara a ese tercero (el poderdante). El problema existe en todo caso ya que, si media una nueva transmisión, este vicio no obstaría a que el nuevo adquirente fuera mantenido en la titularidad del derecho. De ahí, que no se entienda el cambio de criterio de la DGRN respecto de la interpretación que inicialmente realizó de esta norma en la resolución vinculante conforme al artículo 103 de la citada Ley 24/2001, de 12 de abril de 2002. Más difícil de entender resulta todavía la opinión que sostiene en las Resoluciones de 30 de noviembre (4) y 14 de diciembre de 2005, así como la de 10 de enero de 2006, en las que considera que el Registrador no puede apreciar la extinción de un poder aunque el Registro Mercantil la haya dispuesto y el BORME publicado. En un desesperado intento por lavar su imagen y ocultar el interés que subyace a esta interpretación, cita el artículo 1.738 del Código Civil, pero oculta tanto el 1.219 del mismo cuerpo legal como el 21 del Código de Comercio. Este desparramo llama especialmente la atención porque, además de contradecir la ley, su interpretación desprecia también la opinión de los Tribunales. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 10 de junio de 2004 (que revoca la Resolución de 22 de abril de 2003; *BOE* de 9 de mayo de 2003) señala que la vigencia del cargo de Consejero-Delegado ha de acreditarse a través de la inscripción en el Registro Mercantil, «no bastando la mera afirmación de la existencia, inscripción y vigencia del cargo». Por su parte, la sentencia, ya citada, de la Sala 1.^a del TS de 7 de septiembre de 2007, apunta que la notoria negligencia del segundo adquirente le priva de la protección del artículo 34 LH y resulta evidente que, con arreglo a este criterio, no puede protegerse en perjuicio del poderdante al comprador que, antes de la firma del contrato, no ha consultado al Registro Mercantil ni tenido en cuenta lo publicado en el BORME. A la vista de estos antecedentes no sorprende que la sentencia de 6 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 48 de Madrid, haya declarado la nulidad de las Resoluciones citadas; lo que sorprende y mucho, es que se hayan dictado.

(22) Por ejemplo, los dueños de los diferentes elementos privativos de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal.

(23) Por ejemplo, cuando se inmatricula una finca situada en la zona de servidumbre de protección a que se refiere el artículo 23 de la Ley 22/1998, de 28 de julio. En el caso de que el asiento se practique sin que conste en el título si linda con el dominio público marítimo-terrestre y, si así fuere, sin aportarse la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público, la sociedad en su conjunto resultaría perjudicada por esta actuación.

(24) En concreto, según señala Fernando MÉNDEZ en su trabajo *El Registro como instrumento de intervención en el mercado*, citando a Analistas Financieros Internacionales y fuentes confidenciales como origen de estos datos, la estructura del mercado hipotecario primario es la que sigue: BBVA, 12,05 por 100; SANTANDER (incluido BANESTO), 11,96 por 100; LA CAIXA, 12,03 por 100; CAJA MADRID, 6,81 por 100; BANCO POPULAR, 4,68 por 100; BANCO SABADELL, 2,95 por 100; BANKINTER, 3,42 por 100; RESTO DE BANCOS, 8,33 por 100; RESTO DE CAJAS, 37,95 por 100. En cuanto

5.^a La última nota, vinculada con la anterior, es el predominio de los contratos de adhesión, o sea, de los contratos redactados unilateralmente por la parte más fuerte y que son entregados al notario para que redacte la escritura, «según minuta», de modo que, como veremos, éste se limita a constatar la aceptación del clausulado por la otra parte.

LA NECESIDAD DE LA INDEPENDENCIA DEL REGULADOR

Las notas que definen el mercado de que hablamos explican por sí solas la necesidad de que la extensión de los asientos sea controlada y realizada por una persona independiente. Como ya he apuntado, el peligro apunta en una doble dirección: el intervencionismo de la Administración y la voracidad de los operadores que actúan en el mercado.

Los daños que se derivan de la primera de las amenazas explican que, en numerosos países en los que existe un Registro de derechos, o sea, un Registro que no sólo publica sino que atribuye, define y jerarquiza los derechos reales (25), la llevanza de los Registros se haya encomendado a los jueces (26); en la mayoría de los que no ha ocurrido así (27) se ha atribuido a los funcionarios encargados de su funcionamiento un status semejante al de la judicatura de modo que, aunque se encuentran en una relación de dependencia o tutela administrativa, no están sometidos jerárquicamente a la Administración General del Estado (28). Tan sólo en algunas de las naciones en que los asientos del Registro carecen de fe pública y, por tanto, no asignan los derechos sino que únicamente publican títulos que recogen contratos celebrados sobre bienes inmuebles, existe esa relación de jerarquía (29). Esta falta de atribución de los

a las empresas inmobiliarias, se calcula que hay unas 40.000, de las que están vivas menos del 12 por 100 y, de estas últimas, el 15 por 100 desarrolla el 90 por 100 de la actividad.

(25) Por ejemplo: Alemania, Australia, Canadá (salvo la parte francófona), Austria, Suiza, Dinamarca y los países escandinavos.

(26) Esta circunstancia convierte a la Administración en responsable de los perjuicios causados por los errores que se cometan al cumplir tales funciones o al expedir la publicidad de los derechos inscritos, circunstancia que, a su vez, ha determinado la adopción de numerosas cautelas legales por tales países (por ejemplo, la obligación de notificar a todos los interesados antes de practicar una inscripción, la atribución a la inscripción de un carácter constitutivo, el carácter abstracto de los negocios o la creación de un fondo de indemnización con cargo a los emolumentos que los interesados pagan para sufragar tales perjuicios). Como antes he señalado, este proceder contrasta con el observado por la DGRN en España.

(27) Reino Unido, España o Brasil.

(28) Sobre este tema puede verse el trabajo de Fernando MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad y Abogado del Estado, *La inexistente subordinación jerárquica del Registrador*, en www.arbo.org.es

(29) Caso de Italia y la mayoría de los iberoamericanos. En los demás, por ejemplo, Holanda y Francia, aunque el Registro también se lleva por títulos, los efectos de oponi-

derechos por los asientos explica que los Registradores no se pronuncien sobre la validez de los negocios que inscriben; es más, en bastantes de estos países, ni siquiera controlan la existencia del tracto sucesivo de modo que los libros pueden publicar simultáneamente actos o contratos que atribuyen la titularidad de un mismo derecho a diferentes personas (30).

La segunda de las amenazas, el control del regulador hipotecario por los operadores que intervienen en este mercado, se materializaría si se suprimiera la competencia objetiva de ese regulador. La magnitud del daño que, caso de materializarse, esta opción produciría, se ha agudizado en los últimos años. Como se acaba de apuntar, la razón es, por un lado, la multiplicación de los contratos estándar que, en la práctica, funcionan como meros contratos de adhesión (31) y, por otro, la preeminencia que unos pocos actores han adquirido en el mercado del que hablamos. Estas notas han puesto en entredicho la imparcialidad del mediador que tiene atribuida la función de corregir las asimetrías informativas entre las partes (32). Resulta difícil imaginar que el mediador va a actuar en el sentido de proteger a la parte más débil frente a

bilidad y prioridad que se confieren a sus asientos explican la inexistencia de esa situación de subordinación.

(30) La determinación de los inconvenientes que estas limitaciones causan, excede del presente trabajo; baste decir que no se limitan al encarecimiento, la ralentización y la disminución de la contratación, sino que van más allá y alcanzan al tipo de interés a aplicar en los préstamos hipotecarios, la facilidad para acceder al crédito, el nivel de seguridad jurídica en materia de derechos reales, el valor de la propiedad inmobiliaria, el aseguramiento de la eficacia de las resoluciones de ejecución dictadas por los órganos recaudadores de las diferentes Administraciones (incluida la judicial), etc.

(31) Se calcula que, a día de hoy, en torno al 95 por 100 de la documentación que se presenta en un Registro ha sido redactada bajo «minuta» proporcionada por una de las partes o con arreglo a uno de los formularios o modelos de contratos que circulan en el mercado.

(32) Esta pérdida de imparcialidad ha provocado, por un lado, la reforma de la función de los mediadores en la mayoría de los países en que estaba encomendada al notariado de modo que, en la actualidad, es frecuente que cada una de las partes elija a un notario diferente de modo que la firma del contrato se verifica en presencia de dos (caso de Francia o Alemania) y, por otro, la consagración del modelo anglosajón, basado en la intervención de abogados especializados que tutelan exclusivamente los intereses de su cliente. Por lo demás, esta quiebra del sistema está también en el origen de las críticas al notariado latino que el Banco Mundial ha realizado en los últimos años y, por supuesto, en las recomendaciones formuladas por Bruselas a los Estados miembros de la UE, al objeto de proceder a liberalizar el ejercicio de la función notarial. Tanto el informe Attali como el elaborado por la Universidad de Bremen, que han servido de base para la realización de tal recomendación, insisten en que esta supuesta tarea del notariado, la corrección de las asimetrías informativas, no sólo se concilia mal con la estructura del mercado de que hablamos sino que, además, no justifica la imposibilidad que, a día de hoy, afecta a un consumidor para, si así lo desea, manejar por sí mismo el proceso de documentación de un negocio y conseguir la atribución del derecho que constituye su objeto ni tiene cabida en los contratos «comerciales» en los que existe una paridad entre las partes.

la más fuerte. Es más, como señala el profesor Michele TARUFFO (33), no se puede excluir que la mediación amplifique la desigualdad entre las partes en vez de remediarla. De hecho, por citar un ejemplo, esto es lo que ocurre frecuentemente con los llamados derechos indisponibles, o sea, aquellos de los que su titular no puede disponer y que tienen como fin proteger a la parte más débil restringiendo su capacidad para contratar. El aumento de la competitividad entre estos funcionarios/profesionales ha acentuado su imposibilidad para actuar como unos auténticos reguladores, ya que no sólo ha destacado su falta de independencia, sino que, como acabo de señalar, ha puesto en tela de juicio su imparcialidad (34).

Como ya se ha señalado, la amenaza no sería tal si ese mediador, el notariado en nuestro país, no ejerciera su actividad en régimen de libre competencia. Sin embargo, es y siempre ha sido así (35). Por esta causa, porque carece de la independencia necesaria para cumplir esta función con las garantías precisas, no es ni ha sido nunca un verdadero regulador (36).

El carácter inexorable de la toma del control por los grandes operadores del proceso de asignación, definición y ordenación de derechos reales y del subsiguiente quebranto de la seguridad jurídica preventiva en el supuesto de que dicha función fuera realizada por un mediador que actuara en régimen de libre competencia tiene un doble fundamento (37): uno en el ámbito práctico, la experiencia, y otro en el teórico, la teoría de los juegos.

(33) En el trabajo *Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos*, presentado en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

(34) En este sentido, las palabras de Cándido PAZ-ARES, recogidas en su trabajo *Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica)*, han resultado proféticas. Decía el citado autor: «Según hemos tenido ocasión de comprobar en la sección anterior, la eficacia del control de legalidad que llevan a efecto los *gatekeepers* requiere de un cierto «poder de mercado» que puede verse amenazado si se agrava la tensión competitiva». Y añadía: «Mucho mercado podría atenuar, e incluso poner en entredicho, la eficacia del control de legalidad, la credibilidad de la fe pública y hasta, dadas las asimetrías informativas, la propia calidad del servicio más estrictamente privado».

(35) Esta característica es la que determina que la honradez y el rigorismo jurídico de la inmensa mayoría de los notarios no sirva para preservar estos valores. Como veremos, la naturaleza del bien que constituye el objeto de este mercado y del riesgo que, al ejercer tibia o dudosamente el control de legalidad, el notario asume, provoca un fenómeno de selección adversa consistente en premiar esta última conducta y sancionar la responsable y escrupulosa de los primeros.

(36) Al contrario, la condición natural del Registrador como regulador explica que, en ningún país del mundo preste sus servicios en régimen de libre competencia. Esta premisa es válida incluso en aquellos en que los efectos de la inscripción son mínimos y se reducen a conferir la prioridad a favor del que ha depositado antes su título.

(37) Este fin es el que se persigue tanto cuando se afirma que el documento público actúa en el tráfico con el valor de una sentencia como cuando se le confiere una presunción de legalidad que ningún texto legal le asigna. A pesar de esta verdad, de esta falta de atribución, la DGRYN la ha apuntado en alguna Resolución como las de 7 de febrero de 2005 (BOE de 6 de abril) o de 20 de mayo de 2005 (BOE de 1 de agosto). Lógicamente, ambas

EL DILEMA DEL PRISIONERO Y LA CAPTURA DEL REGULADOR

El análisis del último de los fundamentos citados requiere el previo examen de la naturaleza del riesgo que el mediador asumiría en el caso de que asignara la titularidad de un derecho real o fijara su preferencia en base no ya a una interpretación extraña o contraria a la norma sino simplemente forzada, y del beneficio que la observación de esta conducta le reportaría.

El riesgo del que hablamos presenta las siguientes notas:

1.º Se trata de una amenaza futura, o sea, de un peligro que quizá nunca llegue a concretarse. Si, por ejemplo, frente a lo dispuesto en la Ley 4/1995 y la más reciente 41/2007, se inscribe una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario por la subrogación en un primero de un nuevo acreedor en el lugar del primitivo es factible que esa causa de resolución nunca llegue a operar y, en consecuencia, la conducta del regulador carezca de consecuencias prácticas.

2.º Cabe igualmente que los afectados consientan en el daño y que, por tanto, nunca ejerciten una acción de responsabilidad civil. La posibilidad de que esta hipótesis se materialice es tanto más grande cuando mayor sea la complejidad de la cuestión. Si, por ejemplo, a pesar de lo dispuesto en el

han sido anuladas por los Tribunales (la primera por la sentencia de 9 de marzo de 2006, del Juzgado de 1.ª Instancia, número 6 de Santa Cruz de Tenerife, confirmada por la de 22 de noviembre del mismo año de la Audiencia Provincial, y la segunda por la sentencia de 5 de julio de 2007, del Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Alicante). Los fundamentos de estas sentencias destacan que las presunciones establecidas en la legislación notarial española son las de veracidad e integridad (art. 17 bis de la Ley del Notariado), que se refieren a hechos y, en todo caso, dentro del marco establecido en la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, «sin que puedan añadirse otras no previstas como las de legalidad o exactitud, que serían juicios u opiniones del notario a diferencia de las presunciones de los asientos registrales»; para añadir: «asimismo, las presunciones de exactitud y de existencia y pertenencia del derecho, así como la salvaguardia judicial de los asientos se producen como consecuencia de la inscripción en el Registro conforme a los artículos 38, 34 y 1.3.º de la Ley Hipotecaria»; con lo que vienen a confirmar la postura del Tribunal Constitucional recogida en la sentencia 87/1997, de 24 de abril, que señala que la escritura agota sus efectos ante el Registro para quedar sometida a la calificación del Registrador. El mismo artículo 143 del Reglamento Notarial, aprobado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, señala que «los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias». No obstante, como no podía ser menos, la DGRN sigue insistiendo en los Fundamentos de Derecho de sus resoluciones en esa supuesta presunción de legalidad (sin citar, eso sí, el texto legal ni el artículo que la sanciona) y así, por ejemplo, en la de 19 de marzo de 2007 (BOE de 19 de abril), deduce la interpretación que realiza del artículo 98.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, «de las presunciones de veracidad y legalidad de que goza el documento público notarial». La sentencia de 20 de mayo de 2008 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha zanjado el debate y desnudado la improcedencia de la interpretación de los artículos 1.17 bis y 24 de la Ley Notarial que la Dirección General ha venido realizando.

artículo 8 LPH, se procede a inscribir la división de un elemento privativo sin la unanimidad de los dueños del edificio y sin que los estatutos de esa propiedad horizontal lo permitan expresamente, podría suceder que los afectados nunca se opusieran ni ejercieran una acción de responsabilidad civil ni aún en el supuesto de que la aparición de un tercero volviera inatacable ese negocio. Esta pasividad podría deberse tanto al tradicional deseo de no meterse en líos como a su ignorancia de la ilegalidad del acto ejecutado, una ignorancia a la que, en muchos casos, puede que la confianza que el regulador o el sistema les inspira no sea ajena.

3.º Resulta asimismo factible que el perjudicado dirija únicamente su acción contra la persona que ha otorgado el negocio y no contra el que lo ha autorizado o que la primera indemnice el daño causado y, por tanto, no se ejecute la responsabilidad subsidiaria del regulador. Si, por ejemplo, se inscribe una obra nueva sin que se presente la justificación de haberse contratado el seguro decenal que fija la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, o éste lo ha sido por un plazo inferior a diez años o por un importe inferior al coste de ejecución de la misma y el accidente se produce, es factible que el damnificado ignore la obligación del regulador de calificar este aspecto del negocio y que, por tanto, únicamente demande a los titulares del edificio o a la constructora.

4.º Puede también que el Tribunal absuelva al regulador por considerar que no hubo negligencia ni dolo en su interpretación. Pensemos en el caso de que se inscriba un exceso de cabida en base a datos catastrales (art. 298.3 párrafo segundo) o, lo que todavía es más claro en cuanto a la obligación de publicar edicto, que se inmatricule la cabida de una finca que constaba inscrita sin que figurara la misma. Si, posteriormente, la finca se hipotecara, la ausencia de limitación en cuanto a los efectos de esa constancia o inscripción determinaría que la entidad acreedora pudiera utilizar dicha hipoteca como cobertura para emitir títulos del mercado hipotecario (caso de que existiera dicha limitación no se podría conforme al art. 25.2 del Real Decreto de 17 de marzo de 1982). Si, no obstante, los jueces estimaran más adelante la demanda interpuesta contra la inscripción practicada, los terceros que hubieran suscrito esos títulos podrían resultar perjudicados, pero es posible que no se admitiera la responsabilidad civil de los reguladores que hubieran practicado el asiento al considerar que no había mediado negligencia ni dolo (38).

(38) Aunque pueda extrañar, alguna de las reformas defendidas por el notariado en los últimos años contempla que él mismo practique el asiento de presentación en el Libro Diario, de donde se tomarían los datos para extender la inscripción que, de este modo, consistiría en una mera publicación de un resumen del documento que, por otro lado, se archivaría también en la oficina (como sucede en Argentina). El resultado modificaría drásticamente el actual sistema de seguridad jurídica preventiva que existe en España y convertiría el Registro en un archivo que publicaría los documentos notariales cuyo clausulado vincularía a los terceros ya que estaría depositado en aquél.

5.º La posibilidad de alcanzar un acuerdo con el perjudicado o de que el daño sea asumido por el seguro de responsabilidad civil que la corporación tiene suscrito atenúa igualmente el riesgo del regulador. Pensemos, por ejemplo, en una persona que, habiendo concedido poder para administrar sus bienes, pierde la titularidad de una finca porque el apoderado la ha vendido al interpretarse que tenía facultades suficientes para ello. Dada la imposibilidad de recuperar la propiedad, cabe suponer que acepte una indemnización y que ésta sea satisfecha por la compañía aseguradora con que el colectivo al que ese regulador pertenece ha firmado la póliza correspondiente, circunstancia que, más que disuadir, tiende a estimular la asunción de ese riesgo.

6.º El plazo que ha de transcurrir antes de que la condena adquiera firmeza o antes de que el perjuicio sea presumiblemente denunciado es otro factor que minimiza el valor del riesgo de que estamos hablando. La primera consecuencia obedece a la organización del sistema judicial en un Estado de Derecho y a la propia naturaleza de la justicia y a la lentitud que le es consustancial. La segunda, la mora en la denuncia del perjuicio sufrido, se daría, por ejemplo, en el supuesto de partición de herencia practicada con intervención de un defensor judicial que, en contra de lo que preceptúa el artículo 1.060 del Código Civil, no ha sido aprobada judicialmente. En tal supuesto, lo normal es que, cuando el menor adquiera la mayoría de edad, el tiempo pasado tape el «error» cometido o que, en todo caso, los perjuicios causados por él sean de difícil sino imposible reparación.

7.º La condena penal e incluso disciplinaria es todavía más difícil que se dé pues, para que proceda, es necesario que el Juez considere que, además de ser típica, punible y antijurídica, la conducta del mediador pueda calificarse también de culpable, elemento que resulta imposible de apreciar en los casos en que la interpretación de la norma sea meramente «razonable».

Frente a estas características del riesgo, el beneficio presenta las que siguen:

1.^a Es inmediato. La percepción de los emolumentos se obtiene en el momento de la autorización del documento.

2.^a Da satisfacción a los clientes, o sea, a las personas que comparecen a la firma que son las beneficiadas. Por el contrario, los posibles perjudicados, los terceros, no concurren al otorgamiento y, a menudo, ni siquiera conocen que ha tenido lugar.

3.^a Constituye una inversión de futuro, ya que permite al notario conservar a su cliente. No olvidemos que el restringido número de los que controlan un porcentaje significativo del mercado confiere una importancia extraordinaria a cada uno de ellos.

¿Qué nos dice la teoría de los juegos sobre cuál será la conducta del mediador, habida cuenta de estas notas?

Según la mayoría de los científicos que han estudiado esta cuestión, nos encontramos ante un caso típico del conocido como «dilema del prisionero», que se plantea cuando la elección racional de una persona contradice su propio beneficio. Según la descripción de POUNDSTONE (39) debe su nombre al ejemplo del que TUCKER se valió para exponer esta paradoja. Dicho ejemplo parte de la detención de dos delincuentes que, ante la falta de pruebas por la acusación principal, serán condenados a un año de prisión si callan. No obstante, la policía, que sabe que ambos ignoran este dato, propone a cada uno de ellos que testifique contra su compañero de modo que el delator quedará libre mientras que el segundo cumplirá tres años de cárcel. La trampa consiste en que, si los dos testifican, cada uno pasará dos años entre rejas. Así las cosas, la inculpación del otro se revelará como la mejor opción para los detenidos pues, si el primero calla, él será absuelto, mientras que si, por el contrario, aquél le delata, únicamente cumplirá dos años (en lugar de tres). Sin embargo, y aquí radica la importancia del dilema, si ambos permanecieran fieles, sólo permanecerían un año encerrados.

Si trasladamos este estudio al nuestro, no cabe duda de que, en la hipótesis de que hablamos de que los documentos públicos gozaran de presunción de legalidad o, lo que es igual, de que se suprimiera la calificación del Registrador, lo que más interesaría al notariado, la solución que más le beneficiaría, sería la de negarse a que los clientes condicionaran sus decisiones, su interpretación del ordenamiento jurídico. En pura teoría, al ser un número limitado, cabría imaginar que los 4.000 operadores alcanzarían un acuerdo. Sin embargo, los científicos que han estudiado este dilema, que han analizado la conducta que observará cada uno de los operadores si piensa que el cumplimiento de las normas que regulan su actividad le producirá un perjuicio, ya que los demás que compiten con él no las seguirán y, en consecuencia, se beneficiarán de su actitud aún en el caso de que, tanto él como los otros, sean conscientes de que la relajación en la aplicación de esos criterios óptimos puede conducir al desastre en el supuesto de que todos opten por obrar así, se muestran seguros de que, en la práctica, se impondría la conclusión contraria (40). Las causas que apuntan son varias. Entre ellas, cabe destacar las que siguen:

1.^a La propia naturaleza del riesgo que, caso de acceder a la autorización, se asume. Como acabamos de ver, no sólo es ciertamente poco factible que llegue a materializarse, sino que, además, siempre lo hará en el futuro y,

(39) Página 168 de su obra *El dilema del prisionero*, Alianza Editorial.

(40) La mera posibilidad de alcanzar un acuerdo, no excluye la existencia de un dilema del prisionero. Se requiere además que exista una forma que obligue a observar lo pactado. Si lo dejamos al arbitrio de las partes o, simplemente, si éstas tienen la opción de liberarse de ese lazo, no cabe duda de que algunos lo harán. Lo contrario implicaría dar por bueno que vivimos en un mundo en que la honradez es absoluta.

de ser así, el daño se resarciría con cargo al seguro colectivo y, por tanto, sería sufragado por los notarios que se han negado a asumirlo, circunstancias que, sin duda, provocarán que muchos de los operadores apliquen el refrán de que «más vale pájaro en mano que ciento volando».

2.^a La diferencia de caracteres y pareceres en las personas que determina que, la actuación que, para uno, es correcta o, al menos, justificable, para el otro, sea reprochable. Es más, en muchas ocasiones, la sensación del que autoriza un documento será totalmente contraria a la de quien niega su concurso pues, mientras el primero se verá como alguien que ha resuelto un problema a su cliente, el segundo puede considerar que se ha perjudicado a la comunidad o a otros terceros determinados. Esta diferencia en el ejercicio de la función provocará una reacción en cadena en la que varios de los operadores tenderán a relajar progresivamente su control de acuerdo con la teoría del *tit for tat* (o «donde las dan, las toman») formulada por Robert AXELROD (41) en el sentido de que, si bien en la primera partida (o sea, en el primer momento) la cooperación será mayor, descenderá a medida de que se observe que los demás operadores muestran una conducta más laxa. El previsible crecimiento del volumen de negocio de los demás competidores frente al cumplidor, debido al fenómeno de selección adversa que se dará, acelerará la reacción de muchos de éstos que, cada vez con más desparpajo y convencimiento, tenderán a imitar la conducta de los primeros.

3.^o El elevado número de notarios excluye la posibilidad de que las preferencias de todos coincidan. Resulta obvio que si en la hipótesis del dilema original, el delator fuera consciente de que la mala conciencia por haber traicionado a su compañero superaría al beneficio que pudiera obtener (la libertad), nunca hablaría. De igual modo, aunque en el colectivo haya un alto porcentaje de miembros que, en base a los escrúpulos que el relajo en el control de legalidad les produzca, inicialmente se resistan a beneficiar a los clientes, siempre habrá una minoría que, a la vista de la naturaleza del riesgo y de la de los beneficios, sucumba a la tentación (42). A fin de cuentas, la situación descrita guarda una cerrada relación con la que se plantea en el dilema conocido con el nombre del viajero gratis. Willian POUNDSTONE lo describe así (43): «El nombre proviene del dilema al que se enfrentan los que usan el transporte

(41) Véase *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de los juegos*, Alianza Editorial.

(42) Nótese que, a diferencia del apartado anterior, en éste se presume que la conciencia vence en el duelo que sostiene con la codicia y que, por tanto, la mayoría se resiste a favorecer a la clientela, de modo que ni siquiera la constatación del beneficio que los más audaces obtienen, conseguirá que flexibilicen y modulen la interpretación de la norma en función del interés de los clientes. El problema consiste en que, habida cuenta de la trascendencia e irreversibilidad de los efectos de la inscripción, basta que unos pocos opten por la codicia para que el sistema quiebre.

(43) Véase pág. 180 de la obra de POUNDSTONE.

público. Es ya bien entrada la noche y no hay nadie más en la estación del metro. ¿Por qué no salta simplemente por encima de la barrera y se evita pagar el viaje? Recuerde, sin embargo, que si todo el mundo se saltara la barrera, el metro quebraría y nadie podría utilizarlo para ir a ningún sitio». La práctica enseña que, en esta hipótesis, siempre hay alguien que opta por ahorrarse el dinero y, además, que no siempre los más necesitados son los que observan esta conducta, de igual modo a como tampoco son los que perciben las rentas más bajas los que defraudan en mayor número a Hacienda.

4.º La existencia de diferencias de todo orden entre los operadores imposibilita también la opción de la cooperación. Hay que tener en cuenta que los beneficios y el número de clientes de los notarios es completamente diferente. Así, en una misma localidad conviven los que autorizan más de 35.000 números al año con otros cuyo protocolo no pasa de los 2.000. Semejante situación proporcionaría una justificación moral al «desertor» que la consideraría injusta y, por ende, causa suficiente para flexibilizar su celo profesional. La supresión de esta diferencia requeriría que unos operadores renunciaran a su posición de dominio en el mercado o a la previsión de adquirirla, así como también al ejercicio de sus capacidades, lo que es tanto como decir que requeriría la eliminación de la libre competencia en el ejercicio de la función, pues la falta de renuncia a tales ventajas, estímulos y capacidades son los pilares que la sostienen. Por lo demás, de darse, de cumplirse, esta hipótesis nos hallaríamos en una situación semejante a la que nos encontramos hoy, pues los notarios tendrían un status igual al que, en la actualidad, corresponde a los Registradores.

Las diferencias de naturaleza y expectativas entre los 4.000 notarios excluye la existencia de lo que los científicos denominan «punto de silla» (44), o sea, un punto que constituye la solución al juego y que excluye la existencia de un verdadero dilema del prisionero. El caso típico lo constituye el juego de la tarta. Dos niños deciden repartirse un pastel. Ambos apetecen el trozo más grande pero, al tiempo, temen quedarse sin nada. Para evitar este mal renuncian a su deseo y acuerdan que uno parta el dulce y el otro escoja. Así las cosas, el miedo a que el otro elija la porción más grande hará que el que corta proceda con una justicia que, si él hubiera tenido la facultad de elegir, quizá no habría observado.

ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS DE CAPTURA DEL REGULADOR

A pesar de la constatación práctica de estas teorías, quizá haya alguien que las considere pura literatura y sostenga que, en la realidad, las cosas suceden de un modo bien distinto. Sin embargo, no es así. Al contrario, la

(44) Véase pág. 85 de la misma obra.

experiencia nos demuestra que, siempre que se ha dado una situación semejante a la que estamos analizando (la presencia de unos operadores que actúan en régimen de libre competencia y a los que, no obstante, se les atribuye funciones propias de un regulador), ha habido alguien que ha desertado, que no ha sido lo escrupuloso que debería. Por no aburrir, citaré sólo tres casos:

1.º Los asuntos ENROM y WORLD.COM que provocaron una fuerte crisis de los mercados bursátiles en el comienzo de este siglo. Como recordarán, la explosión vino motivada por la quiebra de estas compañías que amañaban su contabilidad sin que las empresas auditoras detectaran o, por lo menos, alertaran de este apañío. Resulta evidente que, en esta actitud, influyó la condición anónima de los posibles compradores de las acciones de aquellas sociedades, pero también y, quizá principalmente, el hecho de que su negativa habría dado lugar a la elección de otra por los miembros del Consejo Ejecutivo y al temor de que esta segunda sí se prestaría a la práctica que se demandaba de ellos. No hay que olvidar que, frente a lo que algunos pensaban, que el deseo de preservar su reputación (el bien más importante para una auditora y en el que Arthur ANDERSEN había invertido tantos años y medios) (45) y el número reducido de las que gozaban de un verdadero prestigio evitaría esta aquiescencia, ni uno ni otro factor disuadieron a la compañía citada de comportarse como un verdadero «delator».

2.º El caos provocado por la crisis de los mercados secundarios de las obligaciones hipotecarias. Frente a lo que algunos han defendido en el sentido de culpar de ello a la existencia de este tipo de hipotecas o de una posible incertidumbre en la situación jurídica de los bienes, la actuación de las agencias de calificación ha sido su motivo principal. ¿Por qué? Porque han engañado al mercado al conceder la máxima puntuación, la triple A, a ciertos productos (bonos hipotecarios garantizados únicamente con el respaldo de esas hipotecas *sub prime* o basura) comercializados por entidades que podían elegir entre las diferentes compañías de *ráting*. Lo malo no es la existencia de este tipo de productos sino que no se informe adecuadamente a los ciudadanos de sus características o, dicho en otros términos, que el regulador no corrija las asimetrías informativas que hay en el mercado. ¿Por qué no ha habido transparencia? Porque las empresas encargadas de proporcionarla

(45) Esta constatación elimina la objeción que podría formularse en base a la teoría de las cuasi-rentas. Según la misma, la expectativa de aumentar los beneficios en el futuro como consecuencia de los cambios de plaza en virtud del sistema de promoción por antigüedad que rige mayoritariamente en el notariado, reduciría e incluso eliminaría la tentación de ejercer indebida o arriesgadamente la profesión. Además, no hay que olvidar que, a día de hoy, esta teoría ha quedado superada por la realidad, ya que es común que la aversión que la competencia (y sus imposiciones) causa, mueva a un número considerable de estos profesionales a abandonar las plazas que podrían ser las más rentables económicamente.

operan en régimen de libre competencia y, ante el temor de perder al cliente, han preferido asumir al riesgo o, de acuerdo con la terminología de la teoría de los juegos, han desertado del cumplimiento de su obligación (46).

3.º Las agencias de tasación constituyen un tercer ejemplo de la imposibilidad de que el regulador cuyas decisiones afectan a una pluralidad de sujetos pueda ser elegido. Como es sabido, su situación de dependencia respecto de algunos de los operadores que intervienen en el tráfico inmobiliario y el régimen de libre competencia en que actúan ha motivado la existencia de una sobrevaloración de algunos inmuebles que ha sido utilizada por esos operadores para burlar las limitaciones que, en orden a la fijación del importe máximo del préstamo hipotecario que podían conceder a los prestatarios para poder posteriormente titular esas hipotecas, la ley establece (47). La detección de este fraude y los daños que los riesgos que pueden derivarse de él (semejantes en cierta medida a los causados por las prácticas incorrectas o, cuanto menos, laxas o flexibles de las agencias de calificación) ha motivado la reforma del régimen en que esas agencias operan con el fin de «mantener y reforzar la independencia de las mismas», según se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de reforma de la Ley del mercado hipotecario.

CONCLUSIONES

Los matemáticos que, mal que nos pese a los economistas y los juristas, son los que saben de los juegos, sostienen que la única solución satisfactoria al dilema del prisionero consiste en evitar dilemas del prisionero. De otro

(46) Seguramente, como sucedería con algún notario si los documentos públicos gozaran de la presunción de legalidad, calcularon mal el riesgo. Como les pasaría a éstos, las agencias decidieron asumirlo al entender que no equilibraba el peso de los beneficios que obtenían y, de este modo, guiadas por este convencimiento, decidieron obrar como lo hicieron a pesar de la conciencia que tenían de que la amenaza podía materializarse, de que, si así ocurría, la imposibilidad de rescatar los bonos hipotecarios emitidos por las entidades con capacidad para ello quizá se extendiera a las cédulas hipotecarias y que, al fin y a la postre, la desconfianza que esta situación generaría en el mercado acabaría por provocar un problema de liquidez que afectaría a todos los sectores de la economía, desde la doméstica hasta la empresarial e institucional, y a todo el planeta. No obstante, estoy seguro que, si algún analista hubiera aventurado públicamente estas consecuencias, su opinión se habría silenciado o vituperado. El paralelismo entre estas agencias y el notariado se acrecienta si consideramos que dichas entidades no sólo calificaban los bonos sino que aconsejaban o asesoraban a las entidades emisoras la estructura más adecuada para obtener la mejor puntuación.

(47) El artículo 5, párrafo segundo, de la Ley del Mercado Hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo) dice: «El préstamo garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 70 por 100 del valor de tasación. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta ley».

modo quedaremos a expensas del azar, pues lo que haremos será permitir que los dilemas sean resueltos por la gente en base a valoraciones subjetivas sobre el propio bienestar y el de los demás. Tanto FLOOD como DRESHER sostuvieron durante un tiempo que la cooperación se impondría y, no obstante, al profundizar en su estudio, concluyeron que el dilema del prisionero jamás se resolverá. Como apunta POUNDSTONE (48), casi todos los expertos en teoría de los juegos están de acuerdo con ellos por lo que, concluye, «el dilema del prisionero permanece como una conclusión negativa, la demostración de lo que falla en la teoría y, desde luego, en el mundo real».

Paradójicamente, tal y como antes he señalado, la voluntad de la DGRN consiste exactamente en lo contrario, en crear un dilema allí donde no existe; consiste en favorecer e incluso imponer sin base legal (49) que la atribución de los derechos reales, la determinación de su contenido y la ordenación jerárquica entre los de garantía sea realizada por unos reguladores que actúan en régimen de libre competencia. Hemos visto las consecuencias que esta opción causará. Lentamente al principio, más rápidamente después, tan pronto como se advierta la prima que, merced al fenómeno de la selección adversa, los menos escrupulosos obtendrán, tan pronto como la conducta del «donde las dan, las toman» se generalice, la interpretación de las normas por estos reguladores tenderá a beneficiar más y más a los grandes clientes, a las empresas que dominan el mercado hipotecario. La consecuencia será la incorporación de una multitud de contratos y cláusulas de dudosa legalidad e incluso manifiestamente ilegales a los libros del Registro. Es fácil prever qué sucederá cuando el número de afectados por estos errores y anomalías crezca, cuando, debido al relajamiento que se producirá en el control de legalidad, aumente el número de los que, merced a la aplicación de las normas hipotecarias y, en particular, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pierdan su derecho; también, cuál será la respuesta de los jueces cuando se pretenda la resolución de un contrato de préstamo hipotecario por la concurrencia de una causa que, según la ley, carece de virtualidad para provocarla, cual es el incumplimiento por el deudor de cualquier obligación de pago que tenga contraída (50). Serían

(48) Véase pág. 175 de su obra citada.

(49) Prueba de esta afirmación es la práctica que, como antes se ha apuntado, ha adquirido de, en lugar de esperar a que los Tribunales decidan sobre los recursos interpuestos contra la calificación, abrir un expediente disciplinario a los Registradores que mantienen un criterio determinado. Práctica que, por un lado, recuerda la filosofía que inspira el artículo 16 de la Ley de Registro de Venezuela ya transcrito y, por otro, explica las palabras del antiguo Director General, Pau PEDRÓN, en el prólogo antes citado donde afirma: «La doctrina de la DGRN, que ha sido sólida, coherente y equilibrada durante más de un siglo, ha perdido en gran parte, en estos últimos años, sus rasgos tradicionales. El tradicional imperio de la razón ha empezado a dar paso a la razón del imperio».

(50) De acuerdo con una interpretación estricta de la cláusula, cabría incluso que el pago de un recibo adeudado a una sociedad de la que el deudor fuera miembro constituyera un motivo de resolución del contrato de préstamo hipotecario. Esta observación nos

muchas las voces que, en poco tiempo, se alzarían contra la fe pública del Registro (51). El resultado sería la instauración de un nuevo sistema de seguridad jurídica en el que la titularidad, extensión y preferencia de los derechos reales se determinaría *a posteriori*, o sea, una vez que se planteara un conflicto y ello, únicamente respecto de las partes que hubieran intervenido en el procedimiento pues, frente a los terceros, no cabría alegar la excepción de cosa juzgada (52).

Creo que sobran más comentarios. La gran cuestión que queda en el aire y que obviamente este trabajo no puede resolver, es precisar la causa por la que la DGRN ha pugnado tan tenazmente por cambiar el modelo a pesar de los perjuicios que, como los propios Tribunales han señalado, se siguen del que resulta de las modificaciones que ella ha propugnado (53). Quizá alguien, algún día, nos la aclare.

RESUMEN

REGISTRO DE LA PROPIEDAD E INDEPENDENCIA

El trabajo sobre la independencia del regulador hipotecario comienza con una introducción en la que se analizan las dos grandes amenazas que todos los reguladores sufren: la que proviene de la Administración y la que tiene su origen en los operadores que intervienen en el mercado.

ABSTRACT

THE PROPERTY REGISTRATION SYSTEM AND INDEPENDENCE

This paper addresses the independence of mortgage legislators. It begins with an introduction analysing the two biggest threats that all legislators have to face: the threat posed by the government and the threat brought to bear by the dealers who trade on the market.

permite intuir hasta qué punto quedaría condicionada la vida de los deudores por la voluntad de su acreedor si se ejecutan los cambios que la DGRN ha promovido en los últimos años.

(51) Esta conclusión casa con la práctica internacional. No hay ningún país en que la determinación de la situación jurídica de los bienes sea realizada por funcionarios (siempre habrá de realizarse por uno, ya que su titularidad corresponde necesariamente al Estado) que actúen en un régimen de libre competencia.

(52) Con la única excepción de la apertura de un procedimiento de purga cuyos resultados han sido tan decepcionantes que, a día de hoy, está en desuso.

(53) No hay que olvidar que nos estamos refiriendo a un sector que representa el 80 por 100 de la riqueza del país y la principal fuente de financiación, pues el saldo del crédito hipotecario vivo roza el 100 por 100 del PIB. El despropósito que la reforma, defendida por la DGRN implica, constituye probablemente el motivo de que los cambios habidos hasta la fecha se hayan ejecutado subrepticamente, o sea, no a través de una inexistente y sustancial modificación de la Ley Hipotecaria ni mediante la aprobación de una nueva norma reguladora de la seguridad jurídica preventiva sino a través de otras solo tangencialmente relacionadas con esta materia y, principalmente, de resoluciones de la propia Dirección.

Ambos sujetos pretenden intervenir y controlar el mercado para utilizarlo en su propio beneficio: el uno en busca principalmente de un aumento de su poder que acreciente su control sobre la sociedad, y el otro, persiguiendo su beneficio material. Ahora bien, mientras que, para conseguir su fin, el primero suele recurrir al establecimiento de un régimen de dependencia de los reguladores respecto de ella (de la Administración), el segundo pugna porque el control sea suprimido o, caso de existir, sea ejercido por profesionales que ejerzan su labor en régimen de libre competencia, pues sabe que, en este supuesto, no le resultará difícil modular ese control.

En los últimos años, en España, la Administración ha parecido seguir la primera vía e insistido en una pretendida relación de subordinación o dependencia de los Registradores respecto de la DGRN; sin embargo, el propósito de esta reforma ha consistido en impedirle calificar la legalidad de ciertos aspectos de los negocios jurídicos y transferir esa competencia a favor de otros agentes que actúan en régimen de libre competencia y que, por esta causa, son susceptibles de ser fácilmente capturados por los operadores que intervienen en el mercado inmobiliario, hipotecario y mercantil.

El trabajo analiza seguidamente las causas que convierten esa captura en ineludible. A tal efecto, estudia el mercado hipotecario a la luz de las enseñanzas que la teoría de los juegos ha desvelado, con especial incidencia en la naturaleza del riesgo y de los beneficios que caracterizan la actuación de esos agentes a los que se quiere atribuir una función propia de los reguladores. Para corroborar los perniciosos efectos que se producirían en el caso de que esta hipótesis se consumara, se analizan ciertas crisis (el estallido de la llamada burbuja informática o el actual deterioro de los mer-

Both sources of threat try to intervene in and control the market in order to use it to their own benefit. One, the government, seeks primarily an increase in its power, so as to augment its control over society. The other, dealers, pursues its own material profits. While the government's usual method for reaching its goal is to establish a scheme wherein legislators depend on the government, dealers push for the eradication of control or, if control exists despite their efforts, they fight to give the exercise of control to hired professionals who freely compete for the job, because dealers know it will not be difficult for them to modulate any control exercised under such conditions.

In recent years in Spain government has seemed to follow the first path. It has insisted on trying to establish a relationship in which registrars are subordinate to or dependent on the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs. The gist of the government's reform, however has been to prevent registrars from judging the legality of certain aspects of legal acts, and to transfer that power to other agents. These «other agents» act in a free competition scheme and for that reason are susceptible to being easily made the dummies of the dealers who have got a stake in the real estate, mortgage and commercial markets.

The paper then goes on to analyse the causes making dealer control over such agents unavoidable. For that purpose, the paper looks at the mortgage market in the light of the teachings revealed by games theory, with special emphasis on the nature of the risk and the benefits that characterise the action of these agents, to whom government is attempting to assign a function that should properly belong to legislators. To corroborate the harmful effects that would ensue if this hypothesis were consumma-

cados hipotecarios) cuyo origen se encuentra en la atribución a agentes sujetos a un régimen de libre competencia (principalmente: auditoras, tasadoras o agencias de r  ting) de unas competencias propias de los reguladores, en tanto que producen efectos externos, o sea, que sus decisiones no sólo afectan a las partes que intervienen en el negocio sino que también lo hacen a terceras personas y a la propia comunidad.

ted, the paper analyses certain crises (the bursting of the dot-com bubble and the current slump in mortgage markets) whose origin lies in the fact that agents working in free competition (mainly auditors and ratings agencies) have been assigned competences that ought to belong to legislators, because the competences in question cause external effects or because the agents' decisions affect not only the parties involved in the act, but third persons and the community itself as well.

(Trabajo recibido el 14-02-08 y aceptado para su publicación el 14-05-08)