

Estado, Propiedad, Mercado

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO:

1. PRESENTACIÓN.
2. LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES ESCASOS Y DE GENERALIZACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA:
 - 2.1. LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD.
 - 2.2. DE LA APROPIACIÓN A LA PROPIEDAD. LA NECESIDAD DEL ESTADO.
 - 2.3. LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSENSO SOCIAL RESPALDADO POR EL ESTADO.
3. LAS DIFICULTADES PARA QUE EL ESTADO PROMUEVA DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES. LA NECESIDAD DE UN MERCADO POLÍTICO EFICIENTE:
 - 3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 3.2. EL CASO DE ESPAÑA O CÓMO UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD INEFICIENTES MANTENIDOS POR LA CORONA POR RAZONES FISCALES CONVIRTIERON AL MAYOR IMPERIO DESDE ROMA EN UNA POTENCIA DE SEGUNDO ORDEN.
 - 3.3. LAS URGENCIAS FISCALES DEL ESTADO MODERNO COMO OBSTÁCULO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES.
4. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR EL ESTADO. LA SEGURIDAD —O PROTECCIÓN— JURÍDICA DE LA PROPIEDAD:
 - 4.1. PLANTEAMIENTO.
 - 4.2. DEL CONFLICTO A LA CONTROVERSIA.
 - 4.3. LA NECESIDAD DE QUE EL ESTADO RECONOZCA SOLAMENTE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA CON PLENO RESPETO A LAS NORMAS COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONSENSO SOCIAL SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS EN QUE LA PROPIEDAD CONSISTE:
 - 4.3.1. *Planteamiento general.*
 - 4.3.2. *La eficacia de la función protectora del Estado de la propiedad legalmente adquirida como factor creador de capital. La distinción entre fuerza y alcance del Estado.*

5. PROPIEDAD Y MERCADO. LA NECESIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN EFICIENTE DE DERECHOS DE PROPIEDAD PARA QUE HAYA CRECIMIENTO ECONÓMICO:
 - 5.1. PROPIEDAD Y MERCADO.
 - 5.2. PROPIEDAD PRIVADA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO.
6. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA FÁCIL Y SEGURA DE LOS MISMOS:
 - 6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 6.2. LAS VENTAJAS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES MEDIANTE DERECHOS REALES (*PROPERTY RIGHTS*).
 - 6.3. DERECHOS PERSONALES O DE CRÉDITO Y DERECHOS REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*).
 - 6.4. LA ORGANIZACIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO. PROBLEMÁTICA GENERAL. LA CONFLUENCIA DE EXIGENCIAS APARENTEMENTE CONTRADICTORIAS:
 - 6.4.1. *Problemática general.*
 - 6.4.2. *La creación de las instituciones necesarias para la optimización del valor de los bienes y derechos —para la creación de capital— como misión del Estado.*
 - 6.4.3. *La confluencia de exigencias aparentemente antagónicas.*
 - 6.4.4. *Protección de las titularidades sobre derechos reales mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad.*
7. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO JURÍDICO MEDIANTE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES A TRAVÉS DE UNA REGLA DE PROPIEDAD:
 - 7.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 7.2. LAS ASIMETRÍAS INFORMATIVAS COMO OBSTÁCULO PARA LA CONTRATACIÓN. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO RECURSO TÉCNICO ANTE LAS INSUFICIENCIAS DEL DERECHO COMÚN PARA NEUTRALIZAR SUS EFECTOS.
 - 7.3. LOS REGISTROS DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO:
 - 7.3.1. *Consideraciones generales.*
 - 7.3.2. *La Lex Mercatoria como precedente.*
8. LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO DE DERECHOS:
 - 8.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 8.2. CARACTERIZACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.
 - 8.3. LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL.
9. LA INCORPORACIÓN REGISTRAL COMO TÉCNICA DE IMPOSICIÓN DE LA *SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL* ENTRE LOS CONTRATANTES.
10. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO NO SACRIFICA EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO SINO QUE LO REFUERZA.

11. BREVE RECAPITULACIÓN. EL REGISTRO DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTO A TRAVÉS DEL CUAL EL ESTADO CUMPLE SUS FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD Y EL MERCADO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO.
12. EL REGISTRO: FUNCIÓN DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE SU NECESARIA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y DEL CARACTER COACTIVO DE SUS RESOLUCIONES:
 - 12.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 12.2. LOS INTENTOS DE APROPIACIÓN DE LAS FUNCIONES REGISTRALES POR PARTE DE ALGUNOS OPERADORES ECONÓMICOS.
13. RAZONES POR LAS CUALES NO PUEDEN ATRIBUIRSE FUNCIONES CALIFICADORAS A LOS NOTARIOS NI A NINGÚN OTRO OPERADOR ECONÓMICO:
 - 13.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 13.2. LA NECESIDAD DE PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO COMO CONSECUENCIA DE LA CONCURRENCIA DE DIFERENTES FACTORES:
 - 13.2.1. *Los efectos externos de la inscripción.*
 - 13.2.2. *La naturaleza jurídica de los derechos de propiedad.*
 - 13.2.3. *La concurrencia de intereses divergentes.*
 - 13.2.4. *La insuficiencia del contrato como título como consecuencia de su eficacia relativa.*
 - 13.2.5. *La proliferación de normas imperativas en relación a la propiedad inmobiliaria y el recurso progresivo al Registro de la Propiedad para garantizar su cumplimiento.*
 - 13.2.6. *La naturaleza imperativa —y, en última instancia, coactiva— de las resoluciones registrales.*
 - 13.3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVARÍAN DE TAL ATRIBUCIÓN: LA REGRESIÓN DEL SISTEMA.
 - 13.4. RAZONES POR LAS CUALES LA ATRIBUCIÓN DE UN *MONOPOLIO DE ELECCIÓN* DE REGISTRADOR POR EL INTERESADO EN CONSEGUIR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO A SU FAVOR PRODUCIRÍA TAN GRAVES CONSECUENCIAS.
14. LAS RAZONES POR LAS CUALES SE HA PLANTEADO LA CONVENIENCIA BIEN DE ATRIBUIR LA FUNCIÓN CALIFICADORA A LOS NOTARIOS, BIEN DE PODER ELEGIR LIBREMENTE AL CALIFICADOR, BIEN DE RESTRINGIR EL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN, OPCIONES TODAS ELLAS SUSTANCIALMENTE IDÉNTICAS:
 - 14.1. EL CONTEXTO: LA PREFERENCIA DEL PROCESO PRIVATIZADOR SOBRE EL DE CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL EN LOS PAÍSES CON ECONOMÍAS EMERGENTES Y EN TRANSICIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CONOCIMIENTO SUFICIENTE SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO.
 - 14.2. LA MALA INTELIGENCIA DE LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL PROCESO DE ADELGAZAMIENTO DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA.
 - 14.3. LA DENOMINADA CRISIS DEL NOTARIADO.
15. CONSIDERACIÓN FINAL.

1. PRESENTACIÓN

El suelo, tanto rústico como urbano, es un bien progresivamente escaso, dada la creciente presión demográfica que ejercemos sobre el planeta y, de otro lado, la industrialización creciente de diferentes áreas del globo.

Ello impone considerar el planeta que habitamos como una nave espacial dotada de recursos escasos y no renovables (1), cuya explotación requiere respetar escrupulosamente las exigencias de la eficiencia como condición necesaria no sólo de nuestro bienestar sino, incluso, de nuestra supervivencia. En esta tarea, como en otras, todas las cuestiones referentes a los derechos de propiedad devienen capitales.

En las páginas que siguen, en lugar de utilizar la expresión *derechos reales*, que en español suele excluir el derecho de propiedad y referirse únicamente a los *derechos reales limitados* que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio, utilizaré la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad, tal y como suelen definirlo los Códigos Civiles, sino también los derechos reales limitados.

El concepto de *property rights* abarca todos los derechos que conllevan, en algún grado, además de un poder directo e inmediato sobre la cosa, la facultad de *exclusión* (2) y, por tanto, de *exclusividad*, si bien *derechos exclusivos* no quiere decir *derechos irrestrictos*. Por el contrario, la exclusividad significa que el derecho de propiedad sólo está limitado por las restricciones explícitamente establecidas por la ley, lo que pone de manifiesto la estrecha

(1) Véase BOULDING, K. E., «La economía futura de la tierra como un navío espacial», en DALY, H. E. (Comp.), *Economía, ecología, ética. Ensayos hacia una economía en estado estacionario*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, págs. 262. y sigs.

(2) Utilizo aquí la expresión *derechos de propiedad*, o su equivalente en inglés, *property rights*, en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solamente para referirme a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión. Incluye, por tanto, no solamente la propiedad, tal y como la define el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de libre acceso son aquellos sobre los que no se aplica exclusión alguna. Ahora bien, que un derecho sea exclusivo no quiere decir que no posea limitaciones, sino que tan sólo se halla limitado por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase, al respecto, el excelente trabajo de SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, pág. 32 y sigs. Ed. Tecnos, Madrid, 2005. Véase también ACKERMAN, B., *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown and Company. Igualmente, FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, Second Edition, 2008.

conexión existente entre los conceptos de propiedad y Estado, hasta el punto de que si bien puede haber Estado sin propiedad privada, no es posible, sin embargo, la propiedad privada sin el Estado, cuya principal función es la de generar las infraestructuras institucionales necesarias para que la economía de mercado —es decir, la contratación entre extraños— pueda desarrollarse, lo que requiere el reconocimiento del derecho de propiedad privada, el de libertad contractual —que implica el de transferencia— y la seguridad de que los contratos serán cumplidos coactivamente en caso necesario.

2. LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES ESCASOS Y DE GENERALIZACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA

2.1. LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Si solamente hubiese un ser humano sobre la tierra o si los recursos no fueran escasos (3), o si en las economías reales la información fuese completa (4) y, por tanto, intercambiar no fuese costoso, no tendría sentido hablar de propiedad privada tal y como la entendemos.

(3) La idea de que la escasez de recursos se halla en el origen de la propiedad está muy extendida entre los autores. En este sentido, FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R. sostienen que la regulación de la conducta es indispensable en un mundo de escasez. La relacionan también con la existencia de costes transaccionales. Véase *Institutions & Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, págs. 79-80. Second Edition. University of Michigan Press, 2005. Desde otro punto de vista, LAMSDORFF-GALAGANE, V. —partiendo de las ideas expuestas por HARDING, G.— pone de manifiesto que la propiedad privada es nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque éstos, sin dueño, desaparecen. Esta y no otra es la función social de la propiedad, pues permite optimizar el aprovechamiento de los recursos escasos de nuestro planeta. Véase *Teoría económica del Derecho*, págs. 11-12, Edición personal. Madrid, 2007. Fundamental sobre la material, ACKERMAN, B., *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown & Company.

(4) El modelo perfectamente competitivo —modelo walrasiano estándar neoclásico— parte de la premisa básica de información plena —cada uno elige como si conociese el resultado de todas sus posibles acciones— y de racionalidad paramétrica —cada uno elige como si sus acciones fueran el único factor variable, tomando las acciones de los demás como circunstancias fijas—. En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y, precisamente por eso, falla. De hecho, si a los modelos teóricos les agregamos información imperfecta nos acercamos muy deprisa a los mercados reales, que se caracterizan porque el mercado resulta muy costoso. El hecho de que realizar transacciones sea costoso, hace que sea primordial la asignación de derechos de propiedad, introduce la cuestión de la organización económica y hace que la estructura de las instituciones políticas sea clave para la comprensión del crecimiento económico. Para el desarrollo de estas ideas, véase COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed., Madrid, 1994. ACKERMAN, B. A., *Economics Foundations of Property Law*, Little Brown and Company.

Por el momento, centraré mi atención en los dos primeros factores. Son la escasez de recursos, de un lado, y la ley de eterna replicación de los genes —instinto de supervivencia— que gobierna nuestras vidas, de otro, las que determinan la lucha por la subsistencia y, en consecuencia, por la apropiación de los recursos necesarios para la supervivencia (5).

En este contexto de escasez de los recursos necesarios para sobrevivir, cada individuo atesora y posee los bienes que puede defender frente a los intentos de los demás por apropiárselos. Y los posee tan sólo en la medida y por el tiempo en que sea capaz de defenderlos (6).

Ninguna de estas situaciones son situaciones de *propiedad*, según nuestra concepción: son meras situaciones *de facto* que se mantienen mientras perduran las relaciones de poder de las que surgieron. Cada uno aplica *su propia ley* en la medida en que puede imponerla a los demás, pero no existe una *ley común* que se imponga a todos.

En tal situación, la lucha por la apropiación de bienes escasos derivada de la ley de la supervivencia genera una situación de *conflicto* entre individuos y grupos. Frente a la situación de *controversia* o de *competencia*, la de *conflicto* se caracteriza porque carece de reglas (7).

En situación de conflicto no hay propiedad, sino tan sólo *apropiación* o *detención*, caracterizada por la incertidumbre sobre su perdurabilidad, porque, a diferencia de lo que sucede con la propiedad, el detentador, al igual que adquiere sus posesiones mediante un acto de fuerza, puede ser privado de las mismas mediante otro acto de fuerza. Del mismo modo que, en su momento, no solicitó ningún consentimiento para apropiarse de los bienes, nadie solicitará su consentimiento para privarle de ellos.

Esta situación ha sido definida por algunos autores como *derechos de propiedad en sentido económico* o *derechos económicos* (8) en contraposi-

(5) SHERMER, M., *The mind of the market*, Times Books, New York, 2008.

(6) Es esta necesidad de explotación y defensa de los recursos necesarios para sobrevivir la que determina que los individuos se agrupen para disminuir riesgos, estableciendo mecanismos de defensa *ad extra* y de distribución *ad intra* de los recursos escasos. Quien más aporta a la defensa común —el jefe— es quien más se apropia y quien decide, en gran medida, cómo se distribuye el resto entre los demás, de forma desigual para garantizarse lealtades, pero no excesivamente para evitar que se organicen coaliciones que le sean adversas.

(7) Véase Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Citando a MERRYLL —*Introducción a la Sociología*, Madrid, 1967, pág. 40— distingue entre competencia y conflicto. El conflicto es una competencia desarrollada con olvido de las reglas, en la que los contendientes buscan el perjuicio del otro o incluso su destrucción. Según Díez-PICAZO, si así fuera, podríamos considerar como beneficiosos socialmente determinados niveles de competencia y perjudicial la transformación de la competencia en conflicto.

(8) Entre otros, ALCHIAN, A., «Some Economics of Property Rights», en *Il Politico*, 30, núm. 4, 1965, 816-29. Reimpreso posteriormente en ALCHIAN, A., *Economic Forces at Work*, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1977. BARZEL, Y., *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, págs. 3-4, Cambridge University Press, 2003.

ción a los *derechos de propiedad en sentido jurídico*, a los que posteriormente me referiré. Estos derechos de propiedad, en sentido económico, son inestables: valen lo que vale la confianza que despierte su detentador —o líder— en cuanto a su capacidad de vencer cualquier desafío que se le presente; su estabilidad se halla en función de los esfuerzos directos de protección desplegados por sus detentadores, de los intentos de apropiación de otros y, ocasionalmente, de la protección no gubernamental que puedan obtener, formal o informalmente (9).

No obstante, probablemente, los derechos de propiedad privada sobre la tierra comenzaron a surgir de esta forma: cuando los individuos protegieron las áreas de tierra que deseaban mediante el uso de la fuerza, o apropiándose de las tierras detentadas por otros, también mediante el uso de la fuerza, o de la negociación, en su caso, cuando los costes de hacerlo eran inferiores a los beneficios esperados (10).

2.2. DE LA APROPIACIÓN A LA PROPIEDAD. LA NECESIDAD DEL ESTADO

La defensa individual y personal de los bienes detentados es muy costosa, tanto que no está al alcance de la mayoría de los individuos ni sería rentable en relación a la mayor parte de los bienes, por lo que se impone la asociación entre detentadores o entre individuos que deseen detentar, ya que permite conseguir grandes economías de escala en los necesarios servicios de protección, lo que hizo conveniente la creación de alguna forma de Gobierno para salvaguardar los derechos de propiedad privada, una vez que habían sido más o menos establecidos, esto es, una vez que se habían estabilizado porque se había conseguido un cierto *consenso* sobre las apropiaciones efectuadas y el aprovechamiento de los recursos.

Como argumentan NORTH y THOMAS (11), aunque, ciertamente, algunos grupos voluntarios pueden proteger derechos de propiedad en una escala reducida, resulta casi inimaginable que se pueda obligar a que sean respetados de forma general sin la autoridad del Gobierno.

En efecto, desde que el nomadismo dejó paso a los asentamientos agrícolas, el hombre encontró dos maneras de adquirir bienes y servicios: podía producirlos o podía robarlos a los demás.

Ante la amenaza de los bandoleros, la respuesta de los productores de bienes y servicios fue invertir en defensa militar. Pero la construcción de

(9) BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 4.

(10) Véase DNES, A. W., *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Thomson-SouthWestern, Canada, 2005, pág. 16.

(11) NORTH, D. C., THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 14.

fortalezas y el aislamiento de los soldados hizo surgir inmediatamente el problema del *free rider*. Como realmente resultaba difícil establecer fortalezas y tropas para proteger a algunos vecinos sin protegerlos a todos, si las contribuciones se establecían sobre una base voluntaria, todos encontrarían más ventajoso dejar que pagase el vecino.

Así pues, la defensa como caso clásico de un *bien público* (12), implicaba el problema de excluir de los beneficios a terceros que no pagaban por ellos. Dadas las ventajas de las economías de escala, la solución más eficaz fue y continúa siendo la creación de una autoridad gubernamental y la contribución obligatoria por parte de todos los beneficiarios.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarraría y la supervivencia estaría al alcance de un menor número.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergería enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia (13).

2.3. LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSENSO SOCIAL RESPALDADO POR EL ESTADO

Así pues y conforme a lo expuesto, la propiedad privada no habría surgido tanto como una *creación de la ley* —en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad civil exógena—, cuanto como una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés (14),

(12) Como es sabido, un bien público es aquel de cuyo disfrute, una vez producido, nadie puede quedar excluido. Por ejemplo, si protegemos un pueblo, no podemos evitar proteger a todos sus habitantes. Conscientes de ello, todos los vecinos tendrán un incentivo para evitar pagar por la defensa del pueblo. Esta situación se conoce como el problema del *free rider*.

(13) Véase DEMSETZ, H., «Hacia una teoría general de los derechos de propiedad», en *Información Comercial Española*, 1980, págs. 59-66. También ALCHIAN, A. A., y DEMSETZ, H., «El paradigma de los derechos de apropiación», en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, págs. 318-324, y ALCHIAN, A. A., «Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad», en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, págs. 325-334. También DNES, A. W., *op. cit.*, pág. 16.

(14) SUGDEN, R., «Spontaneous Order», en *Journal of Economic Perspectives*, 3, núm. 4, 1989, págs. 85-97.

que requeriría para su desarrollo la existencia de una autoridad pública, singularmente el Estado.

En este contexto general se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que ningún derecho puede existir, a menos (15) que exista un consenso en el grupo al respecto.

De acuerdo con este enfoque, el origen de la propiedad en sus diversas formas no sería un fenómeno originariamente gubernamental sino, más bien, un fenómeno de origen social y de posterior sanción gubernamental. Ulteriormente, la institución de la propiedad se habría ido modulando lentamente a través del tiempo mediante un proceso en el cual el Estado ha intentado clarificarlo y regularlo. Bajo el Estado, los derechos de propiedad serían, pues, convenciones sociales respaldadas por el propio Estado.

3. LAS DIFICULTADES PARA QUE EL ESTADO PROMUEVA DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES. LA NECESIDAD DE UN MERCADO POLÍTICO EFICIENTE

Llegados a este punto, ya podemos referirnos a los *derechos de propiedad en sentido jurídico o legal* que, en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno (16). El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos. En este sentido, POSNER define los derechos de propiedad como *derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos* (17).

3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Ciertamente, como observa SUGDEN (18), el hecho de que los derechos de propiedad sean convenciones, no favorece necesariamente que generen reglas eficientes en el sentido de PARETO (19). De hecho, observa, es raro que así

(15) FRANK, R. H., «Meldin Sociology and Economics: Janes Coleman's Foundations of Social Theory», en *Journal of Economic Literature*, 30, 1992, págs. 147-170.

(16) BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 4.

(17) POSNER, R., *El análisis económico del Derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37. Traducción de la obra original *Economics Analysis of Law*. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 2.^a ed., 1977.

(18) SUGDEN, R., *op. cit.*, pág. 96.

(19) La noción de eficiencia en el sentido de PARETO hace referencia a aquella situación en la que, al menos, mejora una persona, sin que ninguna otra empeore. Véase POSNER, R., *op. cit.*, pág. 21.

sea, lo cual obedece a diferentes razones, entre otras, a la monopolización de la propiedad privada por quienes toman las decisiones o por ciertos cuerpos gubernamentales.

Ahora bien, para entender el papel que juega la propiedad privada en la promoción de la eficiencia, es necesario tener muy presente que la misma es condición necesaria, pero no suficiente para que haya competencia. Para ello, tiene que haber, además, libertad contractual, libertad de transferencia y un tercero imparcial que imponga coactivamente el cumplimiento de las normas (20).

Por otro lado, es necesario recordar que, como observó HARDIN (21), los bienes comunes, es decir, los recursos escasos sin dueño, tienen un destino trágico, cual es su extinción como consecuencia de la sobreexplotación, de modo que, como ha observado LAMSDORF-GALAGANE (22), la propiedad privada vendría a ser nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque un bien escaso sin dueño desaparece.

Además, la intervención del Estado, si bien es necesaria para reducir costes transaccionales, no deja de ser ambigua, y no resulta claro cómo se puede conseguir que el Estado se comporte como un tercero imparcial, pues, como afirma NORTH, si partimos de la hipótesis conductual que maximiza la riqueza, resulta difícil crear el modelo, incluso de manera abstracta. Dicho de otro modo: si el Estado posee fuerza coercitiva, entonces quienes rijan el Estado usarán esa fuerza en su propio interés a expensas del resto de la sociedad. De ahí la necesidad de establecer sistemas efectivos de controles y contrapesos al poder político (23).

Pero por muchos contrapesos y controles que se establezcan, no es nada fácil conseguir que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes, como lo acredita el hecho de la pervivencia de reglas y de derechos de propiedad ineficientes a lo largo de la historia. Que la estructura de los derechos de propiedad sea más o menos eficiente se halla en función del grado de eficiencia del sistema político.

Según NORTH (24), las reglas y los derechos de propiedad ineficientes se mantienen porque los gobernantes no deben antagonizar con electores poderosos mediante reglas eficientes y opuestas a sus intereses o porque los costos

(20) Véase DNES, A. W., *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Ed. Thomson-South-Western, Canada, 2005, pág. 16 y sigs. Asimismo, LEPAHE, H., *Por qué la propiedad*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986, págs. 85 y sigs. También NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 53 y sigs.

(21) HARDIN, G., «The Tragedy of the Commons», en *Economics Foundations on Property Law*, op. cit., págs. 2-12.

(22) Op. cit., pág. 12.

(23) NORTH, D. C., *Instituciones...*, págs. 82-83.

(24) NORTH, D. C., op. cit., pág. 73.

de establecer, medir y cobrar impuestos pueden desembocar fácilmente en una situación en la que derechos de propiedad ineficientes produzcan ingresos más cuantiosos que los derechos de propiedad eficientes.

En general puede afirmarse que el grado de eficiencia de la estructura de los derechos de propiedad —esencial para que la organización económica sea eficaz y, por tanto, haya crecimiento económico— depende de la eficiencia del sistema político. En este sentido, la evolución de la política desde gobernantes individuales absolutos hacia gobiernos democráticos es concebida típicamente como un paso hacia una mayor eficiencia política, aunque sólo sea porque la existencia de cuerpos representativos poderosos limita la capacidad de comportamiento depredatorio de los Gobiernos. Ponen a España —junto con Francia—, durante los siglos XVI y XVII, como ejemplo de derechos de propiedad ineficientes por razones fiscales, frente a Holanda o Inglaterra.

3.2. EL CASO DE ESPAÑA O CÓMO UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD INEFICIENTES MANTENIDOS POR LA CORONA POR RAZONES FISCALES CONVIRTIERON AL MAYOR IMPERIO DESDE ROMA EN UNA POTENCIA DE SEGUNDO ORDEN

En efecto, NORTH y THOMAS se plantean la cuestión de por qué los Reyes Católicos no siguieron la política de desarrollo a largo plazo de la agricultura que se habría conseguido si hubieran recortado los privilegios monopolísticos de la Mesta y fomentado el desarrollo del derecho de propiedad sobre las tierras susceptibles de ser cultivadas (25).

Aceptan la respuesta de VICENS VIVES: la urgente necesidad de ingresos les dificultaba esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, por lo que los Reyes Católicos prefirieron seguir la vía cómoda de sus predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas (26).

(25) NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 203.

(26) Los siguientes párrafos de VICENS resultan iluminadores: «¿Cuáles fueron las causas de la política de los Reyes Católicos respecto a la Mesta? El primer motivo es clarísimo: *La regulación monopolística del comercio de la lana*. Sobre cualquier otra consideración imperó la necesidad de obtener “grandes cantidades de oro y otras ventajas del extranjero”» (J. KLEIN). Y ello porque el principal beneficiario de la Mesta era la misma monarquía. En efecto, desde 1466, indirectamente, y desde 1493, directamente, la Corona controló los grandes maestrazgos de las Órdenes Militares. Eso quiere decir que recibía, íntegro, a través de la Orden de Santiago, el *servicio y montazgo* que constituía el principal ingreso financiero de la Corona. Por lo tanto, en lugar de esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, los reyes prefirieron seguir la vía cómoda de sus predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas. Ello nos conduce al segundo motivo: *la crisis financiera porque pasó la Corona desde 1484*, a causa de la expansión inquisitorial y la huida de capitales de los conversos, y subsiguientemente, desde 1492, a causa de la expulsión de los judíos. Se

Esta explicación confirma el análisis teórico realizado por NORTH y THOMAS sobre la relación existente entre el Estado, la protección de los derechos de propiedad y los ingresos fiscales.

Según tal análisis teórico (27), en un contexto más amplio que el feudal —y ése era, si duda, el de la España de los Reyes Católicos— el Gobierno es, ante todo, un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos.

Dado que las economías de escala en la aportación de protección y justicia hacen que esta transacción sea potencialmente deseable para los ciudadanos, ello constituye la base de un intercambio mutuamente beneficioso entre gobernantes y gobernados. En la medida en que continúan aplicándose economías de escala, la ampliación de la protección y aplicación de los derechos de propiedad por parte del Estado hace que se incremente la renta de todos y, de alguna manera, estos ahorros se distribuyen entre los ciudadanos y el Estado.

Esta distribución varía en función del poder relativo de negociación de los diferentes grupos de interés: dadas sus necesidades fiscales, el Estado puede proporcionar servicios especiales a grupos con un especial poder negociador, lo que puede dar lugar a una estructura ineficiente de derechos de propiedad (28), tal y como sucedió en España. De acuerdo con la misma, los agricultores carecían de facultades de exclusión como consecuencia de los privilegios concedidos a la Mesta.

En relación a las titularidades sobre derechos de propiedad sobre la tierra, éstas se hallaban sujetas a las incertidumbres propias del Derecho Común, y el Estado no había arbitrado ningún modo de protección de los adquirentes. La inscripción en los Registros de Censos y Tributos, creados por la Pragmática de 1539, nada garantizaba a acreedores ni a adquirentes —pues no garantizaba que el censo o la adquisición procediesen del *verus dominus* ni de persona especialmente legitimada para disponer—; tan sólo era un requisito

necesitaban remedios rápidos y ninguno más a mano que la lana que se exportaba. De aquí la protección a la Mesta. De aquí también que, desde la época de los Reyes Católicos, pudiera decirse que «la explotación y conservación de la ganadería es el principal sustento de estos reinos». VICENS VIVES, J., *op. cit.*, págs. 276-277. Como observan NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., de las tres fuentes de ingresos más importantes para la economía española —la Mesta, los pagos procedentes de los Países Bajos y otras posesiones y los tesoros del Nuevo Mundo— dos eran externas. Este hecho configuró el destino de España, *op. cit.*, pág. 202.

(27) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, págs. 157-160.

(28) Esta idea la desarrolla NORTH, D. C. en *Instituciones...* La eficiencia de los derechos de propiedad depende, por ello, de la eficiencia del mercado político.

necesario para poder alegar el documento como prueba en juicio, previo pago de los correspondientes impuestos (29).

De modo que había unas titularidades inseguras sobre los derechos de propiedad de escaso contenido y valor, unas cargas que aun no siendo susceptibles de posesión no requerían inscripción (v.gr.: hipotecas generales tácitas), otras que sí requerían inscripción para que el documento en el que se formalizaban pudiese ser utilizado como prueba en juicio, incluso *inter partes* (censos consignativos constituidos tras la entrada en vigor de la Pragmática de 1539), y un incumplimiento generalizado de la norma aceptado por los Tribunales (30).

Es difícil imaginar un escenario más desfavorable para que el crecimiento económico fuera posible, al menos en la agricultura, y difícil encontrar un ejemplo más ilustrativo de cómo las urgencias fiscales pueden llevar a acuerdos con grupos influyentes, con gran poder de negociación —Mesta— en detrimento del establecimiento de una estructura eficaz de derechos de propiedad —agricultura—, lo que resultó ser decisivo para la futura decadencia española y el atraso económico de España.

Este esquema se mantuvo durante el siglo XVII, si bien los términos de la transacción —impuestos a cambio de no dificultar la prueba de determinados derechos (31)— se encareció muy notablemente para los súbditos. Como afirma VICENS VIVES, acuciada la monarquía por necesidades financieras, siempre en aumento, la política fiscal fue cercando cada vez más estrechamente las arcas de los contribuyentes hasta el punto de sacrificar la economía a la Hacienda y los intereses de sus súbditos a sus propios intereses (32).

(29) Véase SERNA VALLEJO, M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario histórico español*, Ed. CRPME, Madrid, 1996, pág. 134.

(30) Esta es la interpretación más probable, a pesar de lo que dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por esto se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse». En mi opinión, lo que la Pragmática venía a establecer era que los documentos inscribibles no inscritos no perjudicarían a tercero, y que, además, carecían de valor probatorio *inter partes*, lo que no excluía que la imposición de la hipoteca censal no inscrita, por ejemplo, pudiera ser probada *inter partes* por medios probatorios distintos (v.gr.: testigos).

(31) El hecho de no poder alegar en juicio como prueba del derecho el documento si no se había tomado razón en el Registro de Censos y Tributos significaba eso precisamente, pues la inscripción, sin embargo, nada garantizaba, a pesar de que para la toma de razón era necesario satisfacer los correspondientes impuestos. Esta norma afectaba en realidad únicamente a las escrituras de hipoteca censal y fue ampliamente desconocida por los tribunales.

(32) VICENS VIVES, J., *op. cit.*, págs. 403 y 414.

Como ha resaltado NORTH, todos los detalles de la economía, así como de la política, se estructuraron con el objetivo de promover los intereses de la Corona en la creación del Imperio más poderoso desde Roma. Pero con la rebelión de Holanda y la declinación del flujo de tesoros del nuevo mundo, las demandas fiscales sobrepasaron con mucho a los ingresos y el resultado fue la quiebra, el aumento en los impuestos internos, las confiscaciones y los derechos de propiedad inseguros. Como consecuencia de ello, en un solo siglo, el XVII, España dejó de ser la nación más poderosa del mundo occidental desde el imperio romano para convertirse en una potencia de segundo orden (33).

3.3. LAS URGENCIAS FISCALES DEL ESTADO MODERNO COMO OBSTÁCULO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES

Ahora bien, los beneficios netos que suponen para el Estado la alteración y protección de los derechos de propiedad en cualquier sector se determinan no sólo por los beneficios sociales, sino también por los costos de transacción que implica el proceso. Los beneficios que derivan para el Estado del establecimiento de nuevos derechos de propiedad dependen de los beneficios o ahorros reales generados, de los que hay que descontar los costos de la creación del nuevo marco institucional (34).

Todas las nuevas naciones-estado que se encontraban bajo las fuertes tensiones de los primeros tiempos de la Edad Moderna estaban interesadas en establecer nuevos marcos institucionales que les permitieran incrementar al máximo sus ingresos inmediatos (35). Las necesidades fiscales del gobierno eran siempre extraordinariamente elevadas y pocas veces —quizá nunca— podía un monarca permitirse el lujo de evaluar las consecuencias de una reforma y los ingresos derivados de ella con varios años de anticipación.

El problema esencial era asegurarse la supervivencia. En el contexto de un horizonte temporal tan limitado, no es sorprendente que el deseo de aumentar al máximo los ingresos fiscales condujera muchas veces a la creación de derechos de propiedad que, en realidad, sofocaban la expansión económica (36).

(33) NORTH, D. C., *Instituciones*, págs. 148-150.

(34) Entre ellos enumeran el costo de negociar y establecer los nuevos acuerdos, cuantificar los beneficios, recaudar los impuestos y aplicar los nuevos derechos de propiedad, que deben deducirse del ahorro social para obtener los beneficios conseguidos directamente por el Estado. NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 159.

(35) NORTH tiende a focalizar la razón de las necesidades fiscales del Estado en el surgimiento de nuevas armas que reclamaban ejércitos más amplios y costosos. NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 146. Para FONTANA, sin embargo, no se trata sólo de los ejércitos y de la guerra. En su opinión, el desarrollo del Estado moderno se halla estrechamente asociado a un aumento de sus dimensiones, de su campo de actuación. FONTANA, J., *La quiebra de la monarquía absoluta*, pág. 12. Ed. Crítica, Barcelona, 2002.

(36) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 163.

En consecuencia, ante tan apremiantes presiones, los nuevos acuerdos institucionales no sirvieron, en muchas ocasiones, para garantizar a la sociedad en su conjunto los máximos beneficios.

A título de ejemplo, sostienen que el Estado tanto podía continuar otorgando y/o protegiendo derechos de propiedad ineficaces —el caso de los gremios y monopolios—, como crear derechos más eficaces, de lo cual constituiría un buen ejemplo la garantía del funcionamiento de un mercado abierto. En el caso del monopolio, resultaba fácil identificar a sus beneficiarios, así como cuantificar los beneficios privados y negociar los impuestos.

La concesión de privilegios constituía para el Estado una fuente de beneficios potencialmente lucrativa y relativamente barata. En cambio, la creación de un mercado abierto implica notables dificultades para identificar a los beneficiarios y negociar con ellos, al tiempo que se multiplican las incertidumbres y dificultades a la hora de establecer y recaudar el impuesto.

Con todo —concluyen NORTH y THOMAS— si debido a las limitaciones con las que se debe enfrentar el Estado, la creación e imposición de este tipo de derecho de propiedad se manifiesta como la fuente más lucrativa de beneficios, en tal caso se procederá a su implantación.

En mi opinión, este modelo teórico sirve para explicar la evolución de los derechos de propiedad inmobiliarios en España —y no sólo en España— y por qué no se arbitraron antes mecanismos eficaces —entre los cuales los registrales— para la protección de dichos derechos.

4. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR EL ESTADO. LA SEGURIDAD —O PROTECCIÓN— JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

4.1. PLANTEAMIENTO

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada —especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles— se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto que, como ha afirmado NORTH, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad (37).

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado OLSON, no hay propiedad privada sin gobierno (38). Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad

(37) NORTH, D. C., *Estructura y cambio en la historia económica*, Alianza Ed., Madrid, 1994, pág. 22.

(38) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

privada, pero no propiedad privada sin Estado. Como he expuesto, ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, haría inviable el establecimiento de tales derechos sobre la mayor parte de los bienes.

Por el contrario, la existencia del Estado posibilita que esa misma seguridad cuyo logro no es económicamente factible a través de los esfuerzos privados, pueda lograrse, afortunadamente, por una vía menos costosa: a través del sistema jurídico. Pasamos, entonces, al dominio de la *seguridad jurídica*, un tipo de seguridad que únicamente puede proporcionar el Estado. De su producción, por ello, se encarga el ordenamiento jurídico.

Esto es lo que hace el ordenamiento cuando, por ejemplo, la Constitución proclama el derecho de propiedad privada, la ley penal tipifica como delitos el robo, el hurto o el allanamiento de morada, etc., o cuando la ley civil concede al propietario, además de los remedios posesorios, las acciones reivindicatoria o negatoria o lo protege mediante el sistema registral.

Este tipo de seguridad únicamente la puede proporcionar el Estado y, además, libera economías de escala en la medida en que, al asumir la protección de todas las propiedades, disminuye el coste medio de la misma, en tanto mayor medida, además, cuanto más crezca el volumen de producción, esto es cuanto más propietarios haya y más valiosas sean sus propiedades, lo que es, en gran parte, una función de la efectividad de la protección estatal de los derechos.

El ahorro posibilitado por las economías de escala es el que posibilita que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad, se haga extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que limite los derechos de propiedad y asfixie la economía, como demuestran los análisis históricos de NORTH y THOMAS y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por NORTH (39).

(39) Véase NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, especialmente capítulo 8, y NORTH, D. C., *Structure and Change in Economic History*, Nueva York, W. W. NORTON, 1981. Especialmente el capítulo 3: «A Neoclassical Theory of the State». El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder de dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá

4.2. DEL CONFLICTO A LA CONTROVERSIA

La intervención del Estado, además, en la medida en que sea efectiva e imparcial, hace que el enfrentamiento entre individuos por la captura de recursos escasos necesarios para la supervivencia deje de ser un *conflicto* —enfrentamiento sin sujeción a reglas— y se convierta en una *controversia* —enfrentamiento con sujeción a reglas—, que, en parte es económica y, en parte, es jurídica.

DÍEZ-PICAZO (40) define la *controversia económica* como aquélla en la que el ordenamiento —vale decir el Estado— se limita a definir las reglas del juego sin tomar partido por ninguno de los contendientes y manteniéndose neutral en relación a la sustancia del conflicto. En la *controversia jurídica*, por el contrario, el ordenamiento jurídico, además, anticipa por cuál de los intereses en juego se inclinará en caso de conflicto, lo que es una eficaz método de evitación de los mismos y de estructurar incentivos de la conducta humana.

El crecimiento económico consiste, esencialmente, en la adecuada estructuración de tales incentivos, mediante una adecuada estructuración de los derechos de propiedad, pues, básicamente, en eso consiste una organización económica eficaz, de cuya consecución depende que haya crecimiento económico, así como el grado relativo del mismo (41).

Esta distinción es útil en el tema que nos ocupa porque, en relación al propietario, en un moderno Estado de Derecho, la naturaleza de la controversia es jurídica, siempre que el propietario sea tal, es decir, haya cumplido todas las condiciones que el ordenamiento —es decir, el Estado— le exige para reconocer su derecho. En tal situación, si alguien perturba *su* derecho de propiedad, el Estado no permanece neutral sino que anticipa que protegerá al propietario. O, en el caso de que dos personas se disputen la propiedad de un bien, el ordenamiento suele establecer un sistema de criterios de admisibilidad y preferencia de pruebas.

delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

(40) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, págs. 12-13.

(41) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 5. Sostienen que la clave del crecimiento reside en una organización económica eficaz. Una organización económica eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de los derechos de propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios. La razón del desarrollo de Occidente radica, por tanto, en la construcción de una organización económica eficaz en Europa occidental

Ahora bien, si un individuo negocia con el propietario la transferencia de su propiedad, el Estado no interviene para anticipar el resultado de la negociación, sino sólo para garantizar que el propietario pueda decidir libremente si transfiere o no; que, si hay acuerdo, tal acuerdo no viola normas imperativas que, precisamente por serlo, establecen derechos a favor de terceros —sean terceros concretos o la comunidad en su conjunto—, haciendo depender de tal ausencia de violación el reconocimiento de la nueva titularidad sobre el derecho; y, finalmente, para imponer el cumplimiento obligatorio en caso de incumplimiento, bien *in natura* cuando es posible, bien en el *id quod interest* cuando no lo es.

El respeto a las normas imperativas, en la medida en que fijan los límites del marco institucional, que define lo que a los individuos les está permitido hacer, y, por tanto, en la medida en que estructuran incentivos de la conducta humana, es una cuestión crítica, pues de ello dependerá, por un lado, que el sistema de incentivos, si es acertado, produzca los resultados deseados, y, de otro, que se mantenga el consenso social en torno al aprovechamiento de bienes y recursos en que la propiedad consiste. La presencia del Estado convierte el conflicto en controversia. La controversia es económica cuando la conducta de los individuos se mueve dentro de lo que el sistema institucional les permite hacer y es jurídica cuando intentan traspasar los límites del marco institucional. En el primer caso hay competencia; en el segundo, transgresión de las reglas que la regulan.

4.3. LA NECESIDAD DE QUE EL ESTADO RECONOZCA SOLAMENTE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA CON PLENO RESPETO A LAS NORMAS COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONSENSO SOCIAL SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS EN QUE LA PROPIEDAD CONSISTE

4.3.1. *Planteamiento general*

De acuerdo con todo lo expuesto, puede afirmarse, siguiendo a SJAASTAD, E. y BEMBLEY, E. D. (42), que los derechos de propiedad, especialmente sobre inmuebles, no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier modo en la corriente de beneficios procedente del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y

(42) SJAASTAD, E., y BEOMLEY, E. D., «The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes», en *Development Policy Review*, 18 (4): 365-89.

excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en régimen de exclusividad o de monopolio, si tal monopolio —tal derecho— se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan.

Por ello, el Estado, antes de comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse de que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un despojo o de cualquier otro comportamiento contrario a una norma imperativa.

De no ser así, existe el riesgo de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad, lo cual sería gravísimo porque, como observa DE SOTO (43), la propiedad no es tanto una cualidad primaria de los activos cuanto la expresión legal de un consenso económicamente significativo acerca de ellos.

4.3.2. *La eficacia de la función protectora del Estado de la propiedad legalmente adquirida como factor creador de capital. La distinción entre fuerza y alcance del Estado*

Cuanto más amplio sea ese consenso y mayor y más eficaz la protección del Estado, en mayor medida se incentivará un uso eficiente de los recursos, y, por tanto, más valiosos serán los bienes, o, dicho de otro modo, en mayor medida podrán ser utilizados como activos económicos, o, en palabras de DE SOTO, generarán capital (44).

(43) DE SOTO, H., *El misterio del capital*. Ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 184. Observa DE SOTO que es la ley la que fija y realiza el capital. En Occidente la ley no se preocupa tanto por representar la realidad física de las edificaciones o de la propiedad raíz, sino más bien por establecer un proceso de reglas que permitan a la sociedad extraer el potencial excedente de esos activos. La propiedad no es los activos mismos, sino el consenso entre personas sobre cómo estos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados. Hoy, en la mayor parte de los países del tercer mundo, el desafío no consiste en poner todas las edificaciones y la tierra sobre el mismo mapa —algo que probablemente ya se ha hecho—, sino en integrar las convenciones legales formales con las extralegales.

(44) Según DE SOTO, no sabemos dónde encontrar el proceso clave que convierte el potencial económico de una casa en capital. Esto se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En Occidente, estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues ellos no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como mecanismos entrelazados para la fijación

Antes de analizar cómo realiza el Estado esta función protectora de los derechos de propiedad y, por ello, *creadora de capital*, es preciso partir de la distinción realizada por FUKUJAMA entre *fuerza* y *alcance* del Estado.

Para FUKUJAMA —al igual que para la economía institucional en general— ha sido el surgimiento del Estado moderno y su capacidad para proporcionar orden, seguridad, leyes y derechos de propiedad, lo que ha hecho posible (45) el crecimiento económico moderno.

También, al igual que los autores especializados en economía institucional, reconoce que, no obstante, el papel del Estado es ambigüo, ya que posee una amplia variedad de funciones tanto para lo bueno como para lo malo.

El mismo poder coactivo que permite al Estado defender los derechos de propiedad y procurar seguridad pública, le permite también confiscar la propiedad privada y vulnerar los derechos de los ciudadanos. La labor de la política moderna ha consistido, por ello, en domar el poder del Estado, orientar su actividad hacia propósitos considerados legítimos por las personas a las que sirve y regular el ejercicio del poder mediante el Estado de Derecho.

La esencia de la *estatalidad* es, así, la capacidad de hacer cumplir las leyes, o, en otros términos, en última instancia, la capacidad de enviar a alguien con uniforme y pistola para que imponga el cumplimiento de las leyes del Estado. En la medida en que un Estado es eficaz en esta función es un Estado fuerte (46).

El *alcance* del Estado se refiere a las diferentes funciones y objetivos que asumen los gobiernos, lo cual es objeto de discusión permanente, no a la capacidad del Estado para cumplir con dichas funciones: a ella se refiere, como he expuesto, la noción de *fuerza* del Estado.

Sin embargo, se puede ordenar el alcance de las actividades estatales a lo largo de un continuo que comprende desde las actividades necesarias e importantes a las meramente deseables u opcionales y, en determinados casos, a las contraproducentes e, incluso, destructivas.

Ciertamente no hay consenso acerca de la jerarquía de las funciones del Estado, especialmente en lo que se refiere a la redistribución y a la política social. A pesar de ello, sí hay un cierto acuerdo en que hay un cierto grado de jerarquía: v.gr.: los Estados necesitan garantizar el orden público y la defensa ante invasiones externas antes que proporcionar un seguro de enfermedad universal. En este sentido, el *Informe sobre Desarrollo Mundial* de 1997 del Banco Mundial contiene una posible lista de funciones estatales dividida en tres categorías que equivalen a funciones mínimas, intermedias y

del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital. DE SOTO, H., *op. cit.*, pág. 65.

(45) FUKUJAMA, F., *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Ediciones B. Barcelona, 2004, pág. 15.

(46) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, pág. 22.

dinámicas. Pues bien, entre las funciones mínimas, se hallan las relacionadas con los derechos de propiedad (47).

Lo ideal es que todos los estados los protejan (*alcance*) y que en esa protección sean eficaces (*fuerza*). Sobre esta idea sí parece haber un amplio consenso. Queda fuera de nuestro objeto de análisis cuál debe ser el alcance de las demás funciones del Estado.

5. PROPIEDAD Y MERCADO. LA NECESIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN EFICIENTE DE DERECHOS DE PROPIEDAD PARA QUE HAYA CRECIMIENTO ECONÓMICO

5.1. PROPIEDAD Y MERCADO

Analizada la cuestión de por qué el Estado es necesario para el derecho de propiedad, procede ahora referirse brevemente a la cuestión de por qué es necesario tal derecho. Ya hemos dicho que porque en esa misma medida se genera capital. Para comprender esta cuestión es necesario abordarla tanto desde una perspectiva estática como desde una perspectiva dinámica (48).

Desde una *perspectiva dinámica*, una propiedad con facultades suficientes de exclusión —y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo—, bien definida y bien protegida por el Estado, es una condición necesaria para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo —recuérdese lo que sucede en caso contrario como ilustra el ejemplo español de la Mesta—.

La *exclusividad* de aprovechamiento de los recursos que la propiedad confiere a su titular, no es, sin embargo, condición suficiente para el uso eficiente de los mismos. Para ello, la nota de exclusividad debe ir acompañada, inescindiblemente, de la de libre *transferibilidad*. En efecto, en la medida en que dicha propiedad sea *transferible voluntariamente con facilidad y seguridad* será reasignada a sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficaces de los desarrollados por la humanidad —hasta el momento— para la creación de riqueza.

Ello permite un uso más especializado de los recursos y, por tanto, más productivo, lo que genera crecimiento y bienestar, en tanta mayor medida cuanto menos costosos sean los intercambios. Y estos serán tanto menos costosos cuanto más claros y seguros sean los derechos de propiedad.

Exclusividad y libre transferibilidad son pues, ambos, rasgos propios del moderno concepto de propiedad privada.

(47) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, págs. 17-32.

(48) Véase DNES, A. W., *op. cit.*, págs. 16 y 17.

Desde una *perspectiva estática*, resulta clara la superioridad de la propiedad privada sobre el régimen de bienes comunes, ya que, en tales casos, es inevitable la sobreexplotación y, en consecuencia, la extinción del recurso.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos.

Propiedad y mercado son, pues, dos conceptos inescindibles, si se desea que la propiedad cumpla la función que le es propia. Como afirma OLSON, si una sociedad tiene derechos individuales claros y seguros, hay poderosos incentivos para producir, invertir y embarcarse en un comercio mutuamente ventajoso y, como consecuencia, se produce, al menos, un cierto grado de avance económico.

El hecho de que la economía neoclásica se haya centrado tradicionalmente en el análisis de la oferta y la demanda con absoluto olvido de las instituciones en las que descansa el sistema, se debe al hecho de que en los países en los que se desarrolló el pensamiento económico —desde la Inglaterra de SMITH, pasando por Europa occidental y Norteamérica—, se habían asentado en cierta medida las instituciones necesarias, por lo que sus economistas daban por supuesto que, para que sus construcciones teóricas funcionaran, debía existir un sistema legal que garantizara los derechos de propiedad de sus súbditos (49).

5.2. PROPIEDAD PRIVADA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO

Todo ello explica, también, por qué todas las cuestiones relativas a los derechos de propiedad constituyen el núcleo esencial del sistema económico.

También explica por qué los diferentes grados de desarrollo y de bienestar que se observan a lo largo de la historia entre países con niveles similares de recursos se hallan íntimamente relacionados con los diferentes modos de organización de la propiedad en los diferentes países (50).

En efecto, como han observado, NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., las causas por las que se produce este fenómeno en las diversas sociedades hay que buscarlas en una organización social eficiente y, más concretamente, en el establecimiento de un sistema eficiente de derechos de propiedad, que hacen que valga la pena emprender actividades socialmente productivas (51).

(49) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, págs. 230 y sigs.

(50) LIBECAP, G. D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989, pág. 2.

(51) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7.

En este sentido afirman que una organización eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios.

Los beneficios o costos privados son las ganancias o pérdidas de quien participa individualmente en cualquier transacción económica. Los costos o beneficios sociales son los que afectan al conjunto de la sociedad. La discrepancia entre los beneficios o costos sociales significa que un tercero, sin su consentimiento, recibe parte de los beneficios o incurre en parte de los costos. Esta diferencia ocurre siempre que el derecho de propiedad no está suficientemente definido o no se hace respetar. Si los costos privados exceden de los beneficios privados, los individuos no estarán dispuestos a emprender esa actividad, aun cuando sea socialmente provechosa (52), pero sí lo estarán en caso contrario.

En efecto, aun admitiendo que los miembros de una sociedad pueden ignorar tales estímulos positivos y que en todas las sociedades algunos se contentan con su situación actual, la experiencia demuestra que la mayoría prefiere tener más bienes a tener menos y que actúa de acuerdo con esta premisa.

Por ello, para que se produzca el crecimiento bastará con que una parte de la sociedad sea ambiciosa y que la organización económica sea eficaz, es

(52) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *ibídem*. Dan, además, muy sólidos argumentos al respecto desde la perspectiva de la historia económica. Entre otros exhiben el ejemplo español de los privilegios de la Mesta sobre los agricultores como ejemplo de derechos —los de los agricultores, que, por no ser exclusivos dificultaron el desarrollo económico en España—. En efecto, los agricultores de diversas zonas no tenían la seguridad de recoger su cosecha —es decir, de apropiarse de sus ganancias— puesto que no podían evitar que los ganaderos llevaran sus ovejas a pastar a sus tierras. Los efectos del privilegio dado a la Mesta —e inversamente la falta de propiedad exclusiva de los agricultores— tuvieron efectos muy perniciosos, no sólo sobre la voluntad de los agricultores de plantar sus cosechas cada año, sino sobre las inversiones en equipo capital —semillas, abancalamientos, drenajes— que aumentan la productividad y son la base del crecimiento a largo plazo.

Los derechos de propiedad los concedió el Rey a cambio de unos ingresos fiscales. De esta forma se estipularon unos derechos de propiedad que impidieron que el aumento de la tasa social de beneficios, derivada de los aumentos potenciales de la productividad de la tierra, los llevaran a cabo los agricultores, porque no se podían apropiar de estos beneficios potenciales.

En conclusión, el sistema ineficiente de derechos de propiedad —la falta de derechos exclusivos— frenó el desarrollo en España. Algo parecido sucedió en Francia con los privilegios de ciertos monopolios locales. Por el contrario, en Inglaterra y Países Bajos, donde los intereses comerciales eran políticamente más fuertes, y la sociedad tenía cuerpos representativos más poderosos, el sistema institucional de derechos de propiedad permitió un uso más ágil de los recursos que, de un lado, promovía y, de otro, respondía a las necesidades crecientes de los mercados. Véase capítulo 8 de la citada obra.

decir, que los derechos de propiedad estén adecuadamente estructurados, en el sentido de que incentiven adecuadamente la conducta de los individuos, o, expuesto de otro modo, en el sentido de que, por un lado, ofrezcan incentivos suficientes para que a los individuos les merezca la pena iniciar actividades y, por otro, dichas actividades sean socialmente rentables (53).

6. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA FÁCIL Y SEGURA DE LOS MISMOS

6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La moderna doctrina sobre la propiedad privada se inicia, aproximadamente, en el siglo XVI. Como afirma SAN EMETERIO (54), fue un momento delicado, pues toda la tradición escolástica en torno a la propiedad que había sido recogida durante siglos por generaciones de teólogos, se enfrentaba a fuertes cambios. En efecto, por un lado, la ampliación del mundo obligaba a plantearse los fundamentos para la apropiación de nuevos territorios; por otro, el avance de una economía precapitalista con mercados y mercaderes que negociaban, con un cierto grado de complejidad en sus operaciones, impulsó la discusión sobre los límites de la propiedad privada y sus garantías.

El derecho de propiedad privada sobre la tierra y sobre los inmuebles en general surge con el Estado Moderno, la derogación del antiguo régimen, la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la derogación de los privilegios feudales, así como de las vinculaciones y diversos sistemas de amortización de los bienes y la proclamación de la propiedad privada individual y libremente transferible, lo que, en Francia sucede con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional en su sesión de 26 de agosto de 1789 y en España, de un modo formal, con la Constitución de 1812, si bien su consolidación llevará mucho tiempo —en España ocupó más de la mitad del siglo XIX—.

A partir de ese momento, el Estado reconoce ese derecho, lo define, deroga progresivamente las normas que se oponen a su plena efectividad, y se compromete expresamente en su defensa activa.

El reconocimiento de tal derecho era condición necesaria, pero no suficiente, para posibilitar la economía de mercado. Para ello era necesario, imprescindible, que el derecho de propiedad, que formalmente era libremente transferible, pudiese ser transferido de forma fácil y segura. Mientras no se

(53) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, págs. 7-9.

(54) SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad privada en la Edad Moderna*. Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 2.

solventaran las dificultades que lo impedían, de poco iba a servir el reconocimiento abstracto del Derecho de propiedad, pues no sería posible la constante asignación de recursos hacia sus lugares de uso más eficientes, ni su utilización como garantía para obtener capital.

La organización de todo ello, una de las funciones esenciales del Estado, requiere un complejo entramado institucional de cuya calidad depende el grado el crecimiento de la economía.

6.2. LAS VENTAJAS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES MEDIANTE DERECHOS REALES

En general, en la medida en que los derechos sobre bienes inmuebles sean más seguros, es posible una utilización más especializada y, por tanto, más productiva de los mismos, lo que es un factor decisivo para incrementar su valor, o, en otras palabras, para crear capital.

En el caso de los bienes inmuebles, como ha observado ARUÑADA (55), sus características propias —ser inmóviles, duraderos y poco deteriorables— facilitan que sus diversos usos productivos —especialmente como depósito de valor y como garantía de otras obligaciones— puedan contratarse mediante derechos reales, en lugar de mediante derechos puramente personales, lo que, a su vez, favorece la especialización productiva y el crecimiento económico. Ello implica partir del supuesto de que tales características permiten la coexistencia simultánea de diversos derechos reales —y no sólo reales— sobre el mismo bien.

Para comprender adecuadamente el alcance de esta afirmación es necesario formular adecuadamente la distinción entre derechos reales y derechos personales.

6.3. DERECHOS PERSONALES O DE CRÉDITO Y DERECHOS REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*)

La distinción entre derechos personales y derechos reales es clásica en el ámbito del Derecho Civil patrimonial. Como afirma Díez-PICAZO, constituye una especie de columna vertebral de todo el sistema (56) y ciertamente lo es.

No se trata ahora, sin embargo, de exponer las diferentes concepciones sobre los mismos. A los efectos de este trabajo, basta con saber que los

(55) ARUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, pág. 46.

(56) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción y Teoría del contrato*, Aranzadi. Cizur Menor, 2007, pág. 86 y sigs.

derechos reales indican aquella categoría de derechos patrimoniales que se caracterizan, según la opinión común, por consistir en un poder inmediato del titular sobre la cosa. Por el contrario, los derechos personales o de crédito son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión.

El paradigma de los derechos reales sería, según la opinión común, el derecho de propiedad. El paradigma de los derechos personales, por el contrario, sería el derecho del acreedor a reclamar, por ejemplo, una suma de dinero (57).

Ahora bien, junto a estas ideas clásicas, me parece conveniente traer a colación una nueva idea derivada de una observación formulada por ARRUÑADA (58). Según este autor, una de las características de atribuir a un derecho carácter real es que garantiza la eficacia del mismo porque se requiere el consentimiento de su titular para poder ser afectado por actos de un tercero. De donde se deduce —*a contrario sensu*— que el derecho personal sí podría verse afectado sin el consentimiento de su titular por actos de un tercero y que ésta sería, precisamente, su característica diferencial con los derechos reales —*property rights*—.

En definitiva, la diferencia esencial entre un derecho personal o de crédito y un derecho real estribaría en su diferente grado de protección: mientras —siguiendo la terminología de CALABRESI y MELAMED (59)— el primero estaría protegido por una *regla de responsabilidad*, el segundo lo estaría por una *regla de propiedad*.

Se trata de una idea sugerente que debe ser, sin embargo, muy matizada por varias razones.

En primer lugar, el hecho de que el ordenamiento opte por proteger un derecho con uno u otro tipo de regla no es, en principio, arbitrario, sino que depende, en gran medida, del contenido del propio derecho: hay derechos difícilmente protegibles mediante una regla de propiedad —v.gr.: el derecho consistente en obtener una prestación de no hacer del deudor— e, inversamente, los hay difícilmente protegibles mediante una regla de responsabilidad —v.gr.: el derecho de propiedad; si solamente estuviera protegido por una regla de responsabilidad, difícilmente podríamos seguir hablando de tal derecho—; otros supuestos dan mayor libertad de opción al legislador —v.gr.: el arrendamiento.

(57) Díez-PICAZO, L., *ibid.*, pág. 75.

(58) ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 71.

(59) CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85 (1972), págs. 1089-1120. Según estos autores, el ordenamiento puede proteger los derechos de dos modos distintos, bien mediante una regla de propiedad, bien mediante una de responsabilidad, y ello depende del coste de la protección. Si no hay costes apreciables, lo procedente es la protección mediante una regla de propiedad; pero si generan costes que perturban el funcionamiento del mercado, resulta preferible la regla de responsabilidad,

En segundo lugar, en el plano normativo, ambos tipos de derechos —reales y personales— se hallan protegidos por una regla de propiedad y solo subsidiariamente por una regla de responsabilidad (60). Por ello, desde una perspectiva analítica, tal criterio no sirve para distinguir entre ambos tipos de derechos. Estos se diferencian, en realidad, porque, tal y como he expuesto, tienen un contenido diferente.

Ahora bien, dadas las características de cada uno de ellos, sin duda, en el ámbito de los derechos personales o de crédito le es más fácil al deudor impedir al titular el ejercicio *in natura* de su derecho que en el ámbito de los derechos reales, por lo que, desde una perspectiva *funcional*, sí resulta aceptable tal criterio.

En efecto, de hecho, en el ámbito de los derechos personales o de crédito el deudor sí puede, en gran medida, afectar el derecho del titular sin el consentimiento de éste, lo que es mucho más difícil que suceda en el ámbito de los derechos reales. De ahí la utilidad de la observación, como veremos.

6.4. LA ORGANIZACIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO. PROBLEMÁTICA GENERAL. LA CONFLUENCIA DE EXIGENCIAS APARENTEMENTE CONTRADICTORIAS

6.4.1. Problemática general

Solamente tiene sentido hablar de un *derecho*, sea real, sea personal, en la medida en la que pertenece a un titular: si un derecho carece de titular sencillamente no existe, al menos desde una perspectiva funcional. Hemos visto, además, que los bienes inmuebles presentan unas características ideales para que confluyan sobre los mismos, simultáneamente, diversos derechos —y, por tanto, *diversas titularidades*— lo que posibilita una mayor especialización en sus usos productivos.

Ahora bien, para ser titular de un derecho —sea real, sea personal, aunque me centraré en el caso de los derechos reales— es necesario haber adquirido previamente la *titularidad* sobre el mismo, bien originaria bien derivativamente. Por razones obvias, este segundo caso es el que nos interesa.

Supuesto el reconocimiento y protección del derecho de propiedad como tal por parte del Estado, la cuestión clave estriba en la protección de las titularidades sobre los derechos y en la organización más eficiente y eficaz posible del sistema de transferencia o circulación de las mismas, buscando la mejor solución de compromiso entre diferentes exigencias.

(60) Véase nota 43 donde se argumenta por extenso sobre esta cuestión.

6.4.2. *La creación de las instituciones necesarias para la optimización del valor de los bienes y derechos —para la creación de capital— como misión del Estado*

Con carácter general, el valor de un cambio para las partes es el valor de los diferentes atributos que componen el bien o servicio. Y es misión del ordenamiento —del Estado— que ese valor sea el mayor posible. En otros términos, es misión del Estado la creación de la infraestructura institucional necesaria para que pueda crearse la mayor cantidad posible de *capital*.

Para analizar esta cuestión en relación al objeto de estudio examinaremos el caso de la transmisión onerosa de un bien inmueble.

Dicha transacción implica la transmisión de un conjunto de atributos, tanto físicos como legales —derechos— sobre el mismo a cambio de una contraprestación, una suma de dinero en el caso de la compraventa, tipo negocial en el que nos centraremos para simplificar la cuestión.

La medición de tales atributos tiene un coste y, además, el adquirente aplicará un descuento por incertidumbre, descuento que revela el grado de imperfección en la medición de tales atributos, todo lo cual se reflejará en el precio que está dispuesto a pagar —en el valor que para él tiene el bien—. *Coeteris paribus*, a mayor incertidumbre estará dispuesto a pagar menos e, inversamente, a menor incertidumbre estará dispuesto a pagar más. Así pues, en la medida en la que se eliminen las incertidumbres, aumentará el valor del bien, esto es, se creará capital.

Algunos de estos atributos, como la superficie o las características generales del inmueble, pueden ser relativamente fáciles de determinar. Pero otros, tales como la *titularidad* de la propiedad adquirida, especialmente en la dimensión de hallarse protegida contra posibles fallos en el título del transmitente, que fundamenten reclamaciones de terceros, tanto en concepto de titulares de dominio como de otro tipo de *iura in rem*, son más difíciles de determinar, por lo tanto de calibrar su probabilidad y, en consecuencia, su importancia (61).

6.4.3. *La confluencia de exigencias aparentemente antagónicas*

En la consecución de este objetivo, el Estado debe atender, imprescindiblemente, dos exigencias que son, al menos aparentemente, contradictorias y que, de serlo, constituirían un juego de suma cero.

(61) Ciertamente no son éstos los únicos atributos ni las únicas incertidumbres que inciden sobre el precio que se está dispuesto a pagar: ejemplo, el nivel de delincuencia de la zona, de contaminación ambiental, los planes de las autoridades en relación a la misma, el nivel de servicios, de cercanía al lugar de trabajo, calidad de transporte, etc., son factores que inciden decisivamente sobre el precio que se está dispuesto a pagar o, incluso, sobre la realización misma de la transacción.

En efecto, por un lado, puede afirmarse —como observa NORTH (62)— que el descuento por incertidumbre será mayor —es decir, el bien será menos valioso— en la medida en la que la estructura institucional permita que terceras partes influyan en el valor de los atributos que son una función de utilidad para el comprador. Puede citarse aquí la conducta de los vecinos, o, también, la probabilidad de robo, pero también la posibilidad de que la adquisición realizada pueda ser anulada por un tercero. Por ejemplo, porque se adquirió de quien, pese a las apariencias, no era el titular del derecho y, en consecuencia, se corre el riesgo de que el *verus dominus* reclame su propiedad.

Mientras mayor sea la incertidumbre del comprador, menor será el valor del bien, y menor será también la posibilidad de un uso más especializado y, por tanto, más productivo del mismo. Ciertamente, el nivel de las tasas de interés en los mercados de capitales es, probablemente, la dimensión cuantitativa más evidente de la eficacia del marco institucional (63).

Por otro lado, en el ámbito del mercado, en el que nos centraremos, la adquisición derivativa requiere un *acuerdo de voluntades* que dé lugar a una *transferencia voluntaria* en ejercicio de la libertad contractual por parte de su titular a la persona con la que ha llegado al acuerdo. *Inter privatos* no puede haber transmisión eficiente alguna sin consentimiento del titular.

Como afirma COASE (64), el intercambio no existe tanto para realizar la transferencia de bienes como para permitir la transferencia de *derechos* para hacer cosas —las permitidas por el sistema institucional— con los bienes.

Con mayor rigor aún se puede afirmar que no se intercambian derechos, sino las *titularidades* sobre los mismos. Es la *voluntariedad* de la transferencia la que garantiza que el intercambio no sea un juego de suma nula, sino de suma positiva: en una sociedad de hombres libres y bajo el único impulso de los intereses individuales, el intercambio permite que los recursos, a medida que cambian las necesidades y evolucionan las técnicas, sean constantemente reorientados hacia sus lugares de uso más eficiente.

El hecho de que la transferencia deba ser necesariamente voluntaria es una consecuencia, también necesaria, del derecho de exclusión en el que la propiedad consiste, lo hace creíble e incentiva la inversión a largo plazo. Por

(62) NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 88.

(63) NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 95. Para una constatación empírica de esta afirmación, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 700, pág. 571 y sigs. En dicho trabajo se demuestra que los países con Registros de derechos tienen menores tipos de interés hipotecarios, mercados hipotecarios más amplios y tiempos de ejecución de la hipoteca en caso de impago menores que los países con Registros de documentos, precisamente por la mayor seguridad jurídica que ofrecen los primeros a los propietarios y en consecuencia, a los acreedores.

(64) COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed., Madrid, 1994, págs. 17-20.

ello, el Derecho Común se halla gobernado por las máximas *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat*, *id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest*, *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, *ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc.

Obviamente, no puede obtenerse el consentimiento necesario si no se identifica previamente a quien, en su caso, ha de prestarlo, esto es, al titular del derecho, lo cual no siempre es fácil. Y si el titular no presta su consentimiento, no puede verificarse transferencia alguna. Así pues, organizar los intercambios de titularidades es costoso y cuanto menos costoso sea, mayor eficiencia se conseguirá en el uso de los recursos escasos necesarios para la supervivencia.

Por otro lado, para que la propiedad circule, se requiere no sólo el consentimiento del propietario, sino también el del potencial adquirente. Del mismo modo que nadie puede ser privado —en el ámbito del mercado— de sus derechos de propiedad sin su consentimiento, nadie puede ser obligado a adquirir una propiedad sin el suyo.

Y para que el eventual adquirente consienta, es necesario que se despejen todos sus recelos derivados de las incertidumbres que le embargan en relación a determinados atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que, *a priori*, está interesado en adquirir. Tales incertidumbres se erigen en una firme fuente desconfianza porque el adquirente sabe que el transmitente —como él mismo— ajustará su comportamiento al modelo conductual del autointerés y, en consecuencia, ocultará al adquirente toda la información jurídica y económicamente relevante si cree que, de revelarla, se frustraría el intercambio o tendrá lugar en condiciones menos ventajosas para él. La presencia de tales *asimetrías informativas* entre los potenciales transmitente y adquirente son la principal dificultad para que coordinen sus intereses y, por tanto, para que contraten.

Como hemos visto, el potencial adquirente puede despejar por sí solo determinadas incertidumbres fácilmente, pero otras no. Y entre las que no puede despejar por sí solo con absoluta certeza se hallan dos esenciales: si quien se presenta como vendedor es el *verus dominus* y si el estado de cargas es el que manifiesta quién se presenta como tal *verus dominus*.

Poder despejar estas dos incertidumbres es, en efecto, decisivo para contratar, porque, conforme a las reglas del Derecho Común, si quien se presenta como *verus dominus*, resulta no serlo, éste —el *verus dominus*— puede reclamar su derecho de quien lo posea —porque cree haberlo adquirido— sin su consentimiento, aun cuando sea un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Y si el estado de cargas manifestado no se corresponde con el real, tales cargas se anteponen al derecho adquirido.

La adecuada satisfacción de ambas exigencias —consentimiento del dueño para que pueda haber transferencia y eliminación de las incertidumbres básicas del potencial adquirente— son esenciales para que *el sistema de derechos de propiedad* pueda cumplir su función de creación de riqueza.

Ahora bien, la satisfacción simultánea de ambas exigencias no resulta nada fácil, porque parecen ser contradictorias. En efecto, la regla del *consentimiento necesario del propietario* implica que nadie distinto del dueño puede transmitir la propiedad de aquel, salvo que el dueño le haya concedido poder para ello. La protección del adquirente, a su vez, implicaría que si ha actuado con diligencia y de buena fe y ha adquirido de quien, según todas las apariencias, imputables al *verus dominus*, era dueño, debería ser protegido en su adquisición, al menos cuando tal adquisición haya a título oneroso (65).

Sin embargo, este antagonismo entre ambas exigencias es sólo aparente, como veremos.

6.4.3. *Protección de las titularidades sobre derechos reales mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad*

Identificar al titular del derecho real que se desea adquirir es una *conditio sine qua non* para poder obtener su consentimiento. Por otro lado, dado que suele ser provechoso que muchas personas ostenten derechos sobre el mismo bien, con el fin de alcanzar las ventajas de la especialización, la cuestión tiende a complicarse.

Y puede complicarse hasta tal punto —puede hacerse tan costosa— que no resulte rentable la explotación de los bienes mediante titularidades de derechos reales protegidas con una regla de propiedad y sea más rentable su explotación mediante titularidades de derechos reales protegidas solamente mediante una regla de responsabilidad, con lo cual se perderían parte de las ventajas derivadas de la mayor eficacia de los derechos reales.

Parafraseando a ARRUÑADA, se puede afirmar que este argumento se basa en la vieja idea de que, si se dota de efectos reales —es decir, si se protege con una regla de propiedad— a la adquisición derivativa de la titularidad sobre un derecho real, ello puede generar costes de transacción elevados.

Proteger la titularidad derivativa sobre un derecho real con una regla de propiedad significa impedir que terceras partes —incluido, en el límite, el *verus dominus*— puedan anular la titularidad adquirida, lo cual aumenta

(65) La exigencia de la onerosidad parte de la premisa de que la protección de la confianza generada por la apariencia es un *instrumento de mercado*. La debida ponderación de los intereses en juego exige proteger al confiante para que no sufra un daño patrimonial en perjuicio del deudor que ha generado la situación aparente. Ahora bien, si el negocio lo ha sido a título gratuito, el adquirente no sufre ningún perjuicio si no se le protege, pero sí el transmitente, y conforme al principio *qui certat de damno evitando abteponendus est qui certat lucro captando*, ha de preferirse a aquel que trata de evitar un daño —el dueño— frente a quien trata de conseguir un lucro —el adquirente a título lucrativo—, consideración esta a la que hay que añadir la débil protección que el legislador dispensa, en general, a las transmisiones gratuitas.

el valor del bien o derecho, siempre que el *verus dominus* pueda evitar con un coste mínimo que, hipotéticamente, se pueda producir tal transmisión sin su consentimiento (66). Pero ello exige, en principio, identificar y obtener todos los consentimientos necesarios, es decir, los consentimientos de todos los titulares de derechos reales que existan sobre el bien, en su caso, así como articular un instrumento de defensa de los derechos del *verus dominus* que le aseguren que no habrá transmisiones sin su consentimiento, a cambio de proteger las adquisiciones efectuadas mediante actos de tráfico —esto es, a título oneroso y de buena fe— con una regla de propiedad. Todo ello puede generar costes que no compensen el aumento de valor del bien.

Estos costes pueden minimizarse si se protege menos la titularidad así adquirida sobre el derecho, empleando reglas de responsabilidad. El conflicto se da, por tanto, entre la fortaleza o seguridad con que se proteja la titularidad sobre el derecho y el coste de transmitir dicha titularidad (67).

En el caso de adquisición derivativa de una titularidad, cabe la posibilidad de que se haya adquirido de buena fe de quien se ha presentado como titular sin serlo —bien de mala fe, bien porque creía serlo—, incluso después de haber desplegado la diligencia ordinariamente exigible para asegurarse de que se estaba adquiriendo del *verus dominus* o, al menos, de persona con poder de disposición sobre el mismo. Cabe también la posibilidad de que existan derechos reales invisibles —hipoteca—. A falta de consentimiento del titular del *ius in re aliena* carente de visibilidad, el bien adquirido permanecerá gravado por dicho derecho y el adquirente obtendrá solamente un derecho de crédito contra el vendedor en el orden civil.

Como observa ARRUÑADA, este aumento en los costes de transacción puede, a su vez, obstaculizar la inversión, el comercio y, en suma, la especialización de todos los recursos productivos afectados tanto directa como indirectamente (68).

Dado que esta es una posibilidad *realmente existente*, los ordenamientos pueden optar por articular un procedimiento —una *hoja de ruta*— de adquisición que, de seguirlo, inmunice al adquirente, blinde su adquisición frente a la posible falta de titularidad de su transmitente o frente a las posibles

(66) Si no fuera así, es decir, si el *verus dominus* no pudiese anular una transmisión efectuada sin su consentimiento y, al mismo tiempo, no pudiese evitarla, el sistema no aumentaría el valor de los bienes sino que los devaluaría.

(67) ARRUÑADA plantea la cuestión referida a los derechos —según sean reales o personales— en lugar de a la titularidad sobre los mismos. Sin duda, tal cuestión tiene importancia, pero, a mi juicio, por las razones expuestas anteriormente, es mucho más relevante aplicar tal distinción a la regla de protección de la titularidad derivativa sobre los derechos que a los derechos mismos, pues éstos son reales o personales con independencia de la regla de protección que, en ambos casos, es, en primer lugar, una regla de propiedad, sin perjuicio de que, en el ámbito de los derechos personales, tal regla pueda resultar inoperante de hecho en numerosos supuestos. Véase ARRUÑADA, B., *op. cit.*, págs. 67-68.

(68) ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 71.

causas de anulación o resolución del derecho de su transmitente derivadas de contratos anteriores —Derecho de la seguridad del tráfico— o pueden optar por prescindir de dicha *hoja de ruta*, manteniendo los principios *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenit ibi vindico*, en todo caso —Derecho Común— y dejando que el mercado articule mecanismos que suministren al adquirente una mayor o menor *certidumbre* —nunca certeza, por pura imposibilidad— acerca de estar adquiriendo del *verus dominus*.

En este segundo caso, se plantea inmediatamente una cuestión de la mayor importancia teórica y práctica: si se adquiere un Derecho comúnmente considerado real —para simplificar nos centraremos en su paradigma, el derecho de propiedad— mediante un sistema de transmisión que no garantiza al adquirente la conservación de la titularidad del derecho en el caso de no haber adquirido del *verus dominus*, a pesar de haber desplegado la diligencia exigible, entonces, conforme a lo expuesto, el derecho adquirido no sería propiamente real, sino personal, ya que el adquirente podría ver afectada su adquisición sin su consentimiento por actos de un tercero. En efecto, en caso de colisión con el *verus dominus*, la titularidad del adquirente únicamente quedaría protegida —en el orden civil— por una regla de responsabilidad, no de propiedad (69).

(69) En realidad esta distinción entre reglas de propiedad y de responsabilidad no nos serviría como criterio para distinguir entre derechos reales y derechos personales en un plano analítico o conceptual, aunque sí en un plano o desde una perspectiva funcional. En nuestro Derecho, en el ámbito de los derechos de crédito, en el caso de que el deudor incumpla la prestación debida, se concede al acreedor —titular del derecho de crédito— la denominada *acción de cumplimiento*, que es una acción de condena, que entraña la pretensión, formulada ante el órgano jurisdiccional, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. Naturalmente, la viabilidad de la acción de cumplimiento presupone que se haya conservado la posibilidad de la prestación.

La llamada *acción de cumplimiento*, si bien no aparece consignada de una forma categórica por el Código Civil, se encuentra recogida en múltiples preceptos del mismo, formando, por así decirlo, el centro de gravedad del sistema. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento y la posterior condena no agotan, sin embargo, los mecanismos necesarios para facilitar o hacer posible la satisfacción del acreedor (ver Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, I, pág. 734). Es preciso la ejecución forzosa, la cual tiene lugar *in natura*, si ello es posible, y, de no serlo, la prestación es sustituida por el *id quod interest*. El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación viene regulado por los artículos 1.094 a 1.099 del Código Civil, y artículos 526 y sigs. (especialmente arts. 699 y 703) de la LEC. Tratándose de una obligación de entrega de un bien inmueble, la regla general es la condena a entregarlo y, salvo que fuere imposible (ejemplo: destrucción de un piso en propiedad horizontal, transmisión a tercer protegido por el art. 34 LH), la entrega forzosa al acreedor (titular del derecho de crédito) de la entrega. Sólo en el caso de que no fuera posible la entrega procedería su sustitución por el equivalente económico. Dicho de otro modo, los derechos de crédito están protegidos por una regla de propiedad, salvo que sólo sea posible su protección por una regla de responsabilidad.

En realidad, lo mismo sucede en el ámbito del derecho de propiedad. Se halla protegido por una regla de propiedad, salvo que ésta haya fallado y sólo sea posible protegerlo mediante una regla de responsabilidad (ejemplo: alguien quema un piso).

Frente a ello, podría argumentarse que tal razonamiento es falaz, pues lo que habría sucedido es que el supuesto adquirente, en realidad, no sería tal porque no habría adquirido nada, ya que en Derecho Común rige la regla *nemo dat quod non habet*, de donde resulta que el propietario que ha sido privado de su derecho sin su consentimiento puede reivindicarlo de quien lo posea, aun cuando sea un adquirente a título oneroso y de buena fe, conforme al principio *ubi rem meam invenit, ibi vindico*.

El contratante que a través del contrato pretendía adquirir del transmitente únicamente tiene, en el orden civil, un derecho de crédito frente a la otra parte contratante por haber incumplido la obligación adquirida de transmitirle la propiedad.

Nada que objetar a este argumento, pero si en una sociedad su ordenamiento jurídico se halla gobernado por el principio *nemo dat quod non habet* con todas sus consecuencias y, al propio tiempo, no instrumenta técnicas para saber quién es —de manera indubitada— el *verus dominus* de quien se ha de adquirir, entonces, en esa sociedad ningún adquirente podría saber con seguridad si ha adquirido un derecho real con efectos reales. Y tal incertidumbre disminuiría el valor del derecho así adquirido, en rigor de la *titularidad* del derecho real así adquirido, hasta aproximarlos al de un derecho personal equivalente.

Por ello, podría afirmarse que en tal sociedad no habría, en términos funcionales, derechos reales, sino tan sólo derechos personales, o si se prefiere, una expresión menos drástica, el mercado operaría *como si no hubiese* adquisiciones de derechos reales con efectos reales, sino sólo con efectos personales lo que, a fin de cuentas, vendría a significar lo mismo: los bienes serían menos valiosos porque no existiría la seguridad de que un tercero pudiera anular la adquisición o alterar algunos de los atributos jurídicos del

Estaríamos, pues, ante una cuestión de grado de protección del derecho, derivado sobre todo de lo que podríamos denominar la *protegibilidad* del derecho en función de su contenido u objeto. Cuando el contenido u objeto de un derecho consiste en obtener una determinada conducta del deudor —*prestación*—, las posibilidades que tiene éste de evitar la ejecución *in natura* son mayores que —en principio— las que tiene alguien de impedir que un propietario ejerza su derecho de propiedad —especialmente sobre un inmueble, supuesto que funcione el Estado, esto es, los tribunales y la policía—. Solamente en este sentido y desde esta perspectiva puede aceptarse que derecho real es aquel que requiere el consentimiento de su titular para poder verse afectado por actos de un tercero, y derecho personal aquel que no requiere tal consentimiento para poder verse afectado por tales actos.

La distinción, sin embargo, cobra toda su importancia cuando se contempla no como mecanismo de protección del derecho, sino de la *titularidad* sobre el mismo frente a reivindicaciones formuladas por quienes dicen ser los verdaderos dueños o por quienes pretenden anular o resolver actos o negocios a través de los que el transmitente adquirió el derecho transmitido. En este caso, el ordenamiento puede decidir si el adquirente de buena fe ve protegida la titularidad adquirida mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad.

bien adquirido que representan funciones de utilidad para el comprador, por lo que disminuirían sus posibilidades de uso especializado y, por tanto, más productivo.

Una sociedad así, en la que las *titularidades* sobre los derechos adquiridos —sean de la clase que sean según la opinión común— nunca son suficientemente seguras, se ve afectada por todo un conjunto de consecuencias negativas para sus propias posibilidades de crecimiento: la falta de seguridad de las *titularidades* de derechos sobre bienes inmuebles dificulta las transacciones con los mismos, su utilización como garantía de otras obligaciones y, en general, el desarrollo constante de una mayor especialización en su utilización.

7. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO JURÍDICO MEDIANTE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES A TRAVÉS DE UNA REGLA DE PROPIEDAD

7.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Por ello, conforme las necesidades del comercio lo van exigiendo, se van desarrollando técnicas o, si se prefiere, *sistemas transmisivos* que, al menos en parte, van dirigidas a asegurar, en la medida de lo posible, que se está adquiriendo del *verus dominus*, o, de un modo más general, que se están identificando y obteniendo todos los consentimientos necesarios para adquirir, con eficacia real, la titularidad sobre el derecho.

Se trata, por tanto, de buscar procedimientos que permitan proteger las titularidades adquiridas conforme a los mismos con una *regla de propiedad*, sin que ello suponga incrementar los riesgos de pérdida del derecho para sus propietarios ni los costes de transacción derivados de la búsqueda y obtención, en su caso, de los diferentes consentimientos necesarios.

A tales exigencias obedece el denominado Derecho de la seguridad del tráfico que en Europa occidental se originó con la denominada *Lex Mercatoria*, creada por los propios comerciantes para vencer los obstáculos que el Derecho Común presentaba para la circulación de créditos y mercaderías y cuyos principios se extenderían posteriormente al ámbito inmobiliario, cuando se intentó extender la economía de mercado a dicho ámbito, siendo el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos o Registro de tráfico, el instrumento a través del cual se vertebra el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario.

Dicho Derecho disipa incertidumbres y, por lo tanto, genera confianza, lo cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación —y, por tanto, de especialización— que el Derecho Común al que viene a sustituir y el cual

responde a un estadio de cooperación más rudimentario. Significa también un compromiso activo por parte del Estado en la conversión de los bienes inmuebles en capital, o si se prefiere, en la protección y defensa de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles y en la eliminación de los obstáculos —incertidumbres— que dificultan que las titularidades sobre tales derechos se intercambien, o, en otros términos, en la creación y desarrollo del mercado inmobiliario.

7.2. LAS ASIMETRÍAS INFORMATIVAS COMO OBSTÁCULO PARA LA CONTRATACIÓN.
EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO RECURSO TÉCNICO ANTE
LAS INSUFICIENCIAS DEL DERECHO COMÚN PARA NEUTRALIZAR SUS EFECTOS

Como hemos visto, las asimetrías informativas existentes entre transmitente y adquirente son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. Por ello, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada —usualmente la interesada en adquirir— toda la información relevante y que la parte mejor informada —usualmente la interesada en transmitir— le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante. La reducción —idealmente la eliminación— de las asimetrías informativas existentes entre los potenciales contratantes se revela como un requisito necesario para facilitar la coordinación de los intereses de las partes, esto es, para contratar.

Para conseguir esta finalidad, se han ensayado históricamente diferentes procedimientos, que, en realidad, pueden reducirse a dos:

1. Sistema de Derecho Común complementado con el recurso a diferentes soluciones dirigidas a minimizar los riesgos del comprador, pero sin alterar ninguna de las reglas del propio sistema, tales como: formas notorias de contratación, responsabilidad por evicción, responsabilidad de los testigos en el caso de que el vendedor o transmitente no fuera el *verus dominus*, registros publicadores de documentos con efectos de prioridad e inoponibilidad de los documentos no inscritos —o, dicho de otro modo, con prohibición de utilizar el documento no inscrito como prueba contra quien funda su derecho en un documento inscrito—, compañías de seguros de títulos, etc.

Tales recursos complementarios no suponen la alteración de las reglas del Derecho Común. Por el contrario, se muestran necesarios debido, precisamente, a la existencia de tales reglas, con la finalidad de disminuir los riesgos que el tráfico inmobiliario suponía, en tales circunstancias, tanto para el *verus dominus* como para acreedores y adquirentes de bienes inmuebles.

En el caso de que los riesgos potenciales se hiciesen efectivos, acreedores y adquirentes quedaban protegidos por una regla de responsabilidad, no de propiedad, pues en caso de conflicto con el *verus dominus* o con el titular de una carga real, el Derecho Común los protegía frente a adquirentes y acreedores posteriores.

2. Sistema de Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, el cual se articula a través del Registro de derechos, e implica la derogación de las reglas *ubi rem invenio...* y concordantes del Derecho Común si el adquirente ha seguido el procedimiento de adquisición establecido y es un adquirente a título oneroso y de buena fe.

Como observa PAZ-ARES (70), las reglas de seguridad del tráfico pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho tal y como es deseado sin que pueda frustrarse por circunstancias que son desconocidas al adquirente.

Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas del Derecho Común, le harían perder el derecho que desea obtener y que cree haber obtenido. Las reglas de seguridad del tráfico, consiguientemente, tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes.

Por otro lado —y aunque parezca paradójico— a quien, en realidad, protegen y de manera inmediata las normas de seguridad del tráfico es *al titular del derecho* y no al tercer adquirente, o si se prefiere, la tutela de las titularidades adquiridas derivativamente, mediante actos de tráfico, se revela el medio más adecuado para proteger al titular del derecho.

Es precisamente la protección de este titular la que se busca —y la que se obtiene— mediante la protección de las adquisiciones derivativas, y no debe olvidarse que la inmensa mayoría de los titulares lo son mediante adquisición derivativa.

7.3. LOS REGISTROS DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO

7.3.1. *Consideraciones generales*

Dichos registros no son ya *sistemas de publicidad*, sino *sistemas de transmisión* sustitutivos de los propios del Derecho Común con la finalidad de

(70) PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, págs. 18-22.

estimular la circulación de la propiedad mediante un incremento en la protección de los derechos del propietario.

Ya no se trata de *publicar contratos* para poder utilizar los documentos en los que se formalizan como prueba ante los tribunales —a cambio del pago de impuestos— sino de *generar titularidades seguras respaldadas por el Estado y mecanismos de transmisión fáciles y seguros de tales titularidades* en un entorno, además, mucho más complejo, de modo que resulte rentable la explotación de bienes inmuebles mediante derechos reales cuya titularidad quede protegida por una regla de propiedad, lo cual, como hemos visto, permite un uso más especializado de los mismos y, por tanto, una mayor productividad.

7.3.2. *La Lex Mercatoria como precedente*

Por otro lado, resulta muy iluminador comprobar cómo, ante el mismo tipo de problemas, las soluciones alumbradas suelen ser muy parecidas.

En efecto, cuando el Estado se ve en la necesidad de organizar el mercado inmobiliario —en España, en el siglo XIX como consecuencia del reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre la tierra, de la salida a mercado de numerosas propiedades amortizadas y vinculadas y de la necesidad de atraer capitales para el desarrollo de la agricultura— recurre a soluciones jurídicas que incorporan los mismos principios jurídicos que las elaboradas por los comerciantes en las postrimerías de la Edad Media para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de bienes muebles y mercaderías, soluciones que integraron desde fines del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII un cuerpo integrado de conceptos, principios, reglas y procedimientos conocido bajo el nombre de *Lex Mercatoria*, la cual incluía, entre otras, las siguientes características (71): 1. La marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles. 2. El reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles de derechos superiores a los del *verus dominus* (72). Esto último posibilitó el desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados contratos abstractos, en los que el documento no sólo era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el derecho y se le podía demandar independientemente.

(71) BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, págs. 355 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(72) Así, en los Derechos alemán y francés, el derecho del comprador —de buena fe— de bienes muebles contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la doctrina queda limitada a las operaciones en el *open market*. BERMAN, H. J., *op. cit.*, pág. 355.

El efecto de este conjunto de normas fue especialmente alentador para la expansión del comercio. Las leyes preexistentes del Derecho romano y germánico no dotaban a las transacciones de la seguridad y certeza que necesitaban los comerciantes, porque ninguna ley los protegía contra las eventuales reclamaciones del propietario original de mercancías robadas o perdidas que el comerciante hubiera adquirido de buena fe.

Como observa NORTH, los señores feudales reconocían el valor de las ferias y mercados como fuentes de ingresos y de ahí la importancia de proteger al adquirente de buena fe. Elemento decisivo en esta evolución fue el Estado; hubo un intercambio continuo entre las necesidades fiscales del Estado y su credibilidad en las relaciones con los comerciantes y la ciudadanía en general, de modo que la evolución de los mercados de capital fue influida fuertemente por las políticas del Estado, porque en la medida en la que estaba ligado por compromisos que le obligaban a no confiscar bienes ni usar su poder coercitivo para aumentar la incertidumbre, ello permitió el desarrollo del comercio y de las instituciones financieras y la creación de mercados de capitales más eficientes (73).

Pues bien, en España y otros países —v.gr.: Alemania—, cuando el Estado, por las razones expuestas, se ve en la necesidad de organizar el mercado inmobiliario, recurre a soluciones de idéntica arquitectura jurídica, si bien adaptadas a las características de los bienes inmuebles y al carácter real de los derechos sobre los mismos (74). Por ello, crea el Registro de la Propiedad y atribuye a la inscripción determinadas *propiedades normativas*, en cuya virtud se trasladan al ámbito inmobiliario los principios básicos que venían gobernando el comercio de bienes muebles, específicamente letras de cambio y mercaderías, privilegiando la posición del adquirente de buena fe, previa organización de un régimen institucional en el que dependía del *verus dominus* el hecho de que no pudiera privarle de su derecho un tercero de buena fe. Para evitarlo, le bastaba con inscribir previamente su derecho, es decir, con obtener una resolución favorable en el procedimiento necesario para que el Estado reconociera su derecho y comprometiera toda su fuerza coercitiva en su defensa (75).

(73) NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, págs. 165-166.

(74) Las diferencias básicas entre España y Alemania radican en que en Alemania la inscripción es constitutiva *inter partes* y son independientes el negocio de disposición del derecho, por un lado, y el de disposición del asiento, de otro.

(75) Explico este proceso por extenso en «La inscripción como título valor...», *op. cit.*

8. LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO DE DERECHOS

8.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las propiedades normativas de la inscripción —o, si se prefiere, los efectos de la inscripción— tienen su origen en el contraste entre las exigencias de la transmisión de bienes inmuebles y la aptitud de los mismos como garantía crediticia en una economía de mercado, de un lado, y las reglas del Derecho Común, de otro, y constituyen una respuesta a las incertidumbres de adquirentes y acreedores, mediante el robustecimiento de la posición del propietario —y como consecuencia, de adquirentes y acreedores— y la simplificación de la transmisión.

Tales propiedades normativas coinciden sustancialmente con las que el Derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública, especialmente a su paradigma, la letra de cambio, las cuales determinan la *incorporación* del derecho al documento. Así, al igual que en el ámbito del Derecho cartular se habla de *incorporación cambiaria*, en el ámbito del Derecho registral puede hablarse de *incorporación tabular* o *registral*. En virtud de tal incorporación, la inscripción deviene un *título-valor*, con todas sus consecuencias: no hay más derecho ni más titular que los que constan en la inscripción y en los términos en los que constan en la misma, lo que limita la información necesaria para contratar de la que debe disponer el adquirente.

La adecuada inteligencia de las propiedades normativas de la inscripción a las que, para abreviar, me referiré con la expresión de *incorporación* o *intabulación*, requiere ser conscientes de que las mismas únicamente operan en las relaciones *inter tertios* —como siempre sucede en el Derecho de la seguridad del tráfico— y no en las relaciones *inter partes*, las cuales aparecen gobernadas por los principios del Derecho contractual y, en tales relaciones: «*La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*» —tal y como establece el art. 33 de la Ley Hipotecaria española—, por lo que el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir no queda protegido frente a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo pero sí frente a las de cualquier otro negocio.

8.2. CARACTERIZACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

De todo ello, resulta que la inscripción es un documento investido de efectos en relación al titular de la inscripción en cuanto tal y en cuanto adquirente. Tomando como base las referencias normativas del Registro es-

pañol, propias, por lo demás, de un Registro de derechos, se puede afirmar lo que sigue. En cuanto tal titular de la inscripción, ésta lo equipara, en todo caso, al titular del derecho, salvo prueba en contrario (art. 38 LH), por lo que, en caso de conflicto entre el titular del derecho y el de la inscripción, prevalece éste en principio, y prevalece el titular de la inscripción en todo caso, si adquirió el derecho a título oneroso y de buena fe del anterior titular de la inscripción —o, lo que es lo mismo, del anterior titular del derecho, según la inscripción—; en cuanto adquirente, la inscripción de la adquisición determina que le sean inoponibles las excepciones fundadas en hechos o circunstancias *ex contractu* que pueden afectar al derecho inscrito pero que no constan en la inscripción (arts. 32, 38 y 97 LH), y, si es adquirente a título oneroso y de buena fe, la inscripción le protege, *iuris et de iure*, incluso frente a la falta de inscripción de una adquisición previamente efectuada por un tercero del titular registral, así como de las causas de nulidad o resolución del derecho del mismo que no consten en la propia inscripción (art. 34 LH), protección que no se extiende a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo (art. 33 LH), en virtud del principio de irreivindicabilidad diferida o *deferred indefeasibility*. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1-3 LH) e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho así adquirido frente a cualquier que lo perturbe (art. 41 LH).

Las propiedades normativas de la inscripción a las que acabo de referirme —que son esencialmente las mismas que el Derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública y, particularmente, a su paradigma, la letra de cambio— pueden explicarse afirmando que la inscripción incorpora el derecho al folio registral. Así, del mismo modo que en el ámbito de los derechos de crédito puede hablarse —en el sentido expuesto— de *incorporación cambiaria*, en el ámbito de los derechos reales sobre bienes inmuebles y, especialmente en el de su paradigma, el derecho de propiedad, puede hablarse de *incorporación tabular o registral*, la cual hace que el centro de gravedad jurídica se desplace, en el ámbito del tráfico jurídico, desde el ámbito del contrato originario al de la inscripción.

En efecto, la *incorporación tabular* del derecho —o, si se prefiere, las propiedades normativas de la inscripción— hace que las relaciones *ex tabula* se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario únicamente operen entre las mismas partes originarias, sobreponiéndose, incluso, a las tabulares, en caso de coincidencia, al igual que sucede en el ámbito cambiario (76).

(76) Así, si Ticio, titular registral, vende a Cayo que inscribe su derecho y reúne todos los requisitos de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, posteriormente Cayo vende a Sempronio, que reúne igualmente los requisitos de protección del artículo 34 LH, las relaciones entre Ticio y Cayo se rigen por el contrato entre ambos; del

8.3. LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL

En el ámbito registral, en efecto, las cosas se desarrollan de un modo muy similar a como se desarrollan en el cambiario.

Así, si Primus vende a Secundus un inmueble, las relaciones entre ambos se rigen por el contrato —que en el sistema español es siempre causal (77)— celebrado entre ambos. Si Secundus vende a Tertius, las relaciones entre ellos se rigen por el contrato celebrado entre ambos; pero, en ausencia de Registro, Tertius queda expuesto a buen número de acciones personales y a todas las reales que Primus pueda dirigir contra Secundus. Ahora bien, en presencia de Registro, si la circulación del derecho ha sido registral (es decir, Primus es un titular inscrito del que adquiere Secundus, que inscribe su derecho, y vende a Tertius, que también inscribe), articulada mediante negocios de tráfico, y Tertius ha actuado de buena fe, entonces, si bien las relaciones *inter partes* se siguen rigiendo por los correspondientes contratos, sin que en ese ámbito la inscripción produzca la menor alteración —y ese es el sentido del art. 33 LH— sin embargo, las relaciones *inter tertios*, se rigen exclusivamente por lo que resulte del *tenor literal* del Registro (78), como hemos expuesto, de donde resulta que la inscripción, en tales condiciones, del derecho a favor de Tertius, independiza tal derecho de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente entre Primus y Secundus, y, en este sentido, la inscripción produce una abstracción del derecho en las relaciones *inter tertios*, en el sentido de que, en ese ámbito, no son oponibles las excepciones causales *inter partes*.

Lo mismo sucede en el ámbito del Derecho cambiario: la relación cambiaria es causal *inter partes* —por lo que son oponibles las excepciones causales que consagran los arts. 20 y 67 de la LCCh— y goza de abstrac-

mismo modo, las relaciones entre Cayo y Sempronio; las relaciones entre Ticio y Sempronio, sin embargo, se rigen exclusivamente por lo que resulte *ex tabula*. Ahora bien, si Sempronio vende a Cayo, las relaciones entre Ticio y Cayo ya no se regirán *ex tabula* sino *ex contractu*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario cuando las figuras del librador y tomador coinciden con las de los contratantes originarios, pues desaparecen las razones de imposición de simetría informativa funcional que fundamentan las reglas de la seguridad del tráfico.

(77) Como observa DE CASTRO, en nuestro sistema, la exigencia de la causa es un requisito para que haya contrato —arts. 1.261, 1.262 y 1.275 del Código Civil—, lo que constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, pág. 297, Ed. Civitas, 1985, Madrid.

(78) Naturalmente con las excepciones al efecto de fe pública registral formuladas por normas de rango legal. Pero, cumplidas las condiciones del artículo 34 LH, la posición del adquirente no es atacable con fundamento en actos o negocios jurídicos previos a su adquisición. En este sentido, puede afirmarse que la literalidad de la inscripción es completa.

ción personal *inter tertios* (79) porque en ese ámbito no son oponibles tales excepciones (80).

En ambos casos (81), si los vicios y vicisitudes de la relación causal no reflejados en el título-valor cualificado o en la inscripción, carecen de eficacia frente a tercero, no es porque el ordenamiento considere irrelevante la causa dentro de la estructura del negocio —*abstracción material*—, sino porque en tales hipótesis la causa constituye para el tercero una circunstancia externa al negocio fundamental en virtud del cual ha adquirido su derecho —*abstracción personal*—. Por ello, la *abstracción personal* puede concebirse como una adaptación del principio causalista a la estructura de una operación compleja, en la que por lo menos se concatenan dos operaciones simples u operaciones *inter partes* que son necesariamente causales.

En el ámbito registral se adquiere el derecho según el Registro (arts. 32 y 34 LH española), por lo que todo lo que, constando en el negocio jurídico subyacente previo, no haya accedido al Registro, respecto de tercero de buena fe es *res inter alios acta*.

9. LA INCORPORACIÓN REGISTRAL COMO TÉCNICA DE IMPOSICIÓN DE LA SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL ENTRE LOS CONTRATANTES

Mediante la técnica de la incorporación tabular, por tanto, que implica la *abstracción registral* del derecho inscrito, se consigue la *simetría informativa funcional* entre los contratantes en el ámbito inmobiliario, lo que contribuye a fundamentar la confianza, dota de seguridad a la adquisición de los derechos, facilita y agiliza la contratación en el mercado y permite la conversión de la propiedad inmobiliaria en garantía crediticia y, por tanto, en un activo económico.

La simetría informativa funcional que permite la técnica de la incorporación tabular limita la información necesaria para contratar en relación a de-

(79) Vid. PAZ ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 212 y sigs. Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 2005.

(80) En su acepción más habitual entre nosotros, la expresión «abstracción cambiaria» se debe a que, antes de la entrada en vigor de la LCCh, el artículo 480 CdC prohibía que el aceptante invocara la falta de provisión de fondos, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaban restrictivamente el precepto, permitiendo que *inter partes* se opusiera tal excepción y no frente a terceros. Se decía por eso que la obligación cambiaria era causal *inter partes* y abstracta frente a *terceros*. Con el término «abstracción» se hacía por tanto referencia a la imposibilidad de que en principio se pudieran alegar contra terceros las excepciones derivadas de la relación casual. ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho Cambiario*, pág. 324, Ed. Comares, Granada, 2004.

(81) Hacemos extensiva la posición de PAZ-ARES en el ámbito cambiario al ámbito registral. PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 214 y sigs.

terminados atributos esenciales y, en relación a los mismos, impide al transmitente utilizar las *asimetrías informativas residuales* en beneficio propio y en perjuicio de quien adquiera mediante un *acto de tráfico*, es decir, a título oneroso y de buena fe, pues el mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe (82).

Esta *neutralización de los efectos* que podrían derivarse de las *asimetrías informativas residuales* hace que las partes, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la de igualdad o simetría informativa, lo cual garantiza al comprador que el vendedor no puede valerse de más información que la que él mismo tiene.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* —porque la imposición que hemos descrito genera una situación que funciona *como si* ambos tuviesen la misma información—, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

Ciñéndonos al objeto de estudio, esto es, al ámbito inmobiliario y registral, obviamente, para que la *simetría informativa funcional* produzca los efectos deseados, se requiere que la información producida por el Registro sea *veraz* y, si no lo fuere, *se reputa como tal*, de modo que el potencial adquirente pueda tener seguridad en el carácter *irrevocable*, en relación a él, de la información ofrecida por el Registro en relación a los extremos que le son propios.

Ello solamente es posible si el procedimiento registral garantiza que la información producida por el Registro es veraz en la práctica totalidad de los casos y que, cuando no lo es, se debe a que el *verus dominus* ha preferido no asumir los costes de conservación de su derecho —esto es, los derivados del procedimiento registral— que deben ser inferiores a los de cualquier solución alternativa, para que la institución registral quede justificada. Y ésta es precisamente la razón de ser del Registro de la Propiedad.

En otro caso, la supuesta seguridad del tráfico se conseguiría a costa de aumentar la inseguridad de los propietarios, lo cual no estaría justificado en términos de eficiencia, por dos razones esenciales: en primer lugar porque ésta exige que la constante reasignación de recursos en que consiste el mer-

(82) Como observó PAZ-ARES, C., desde la perspectiva de los costes, las reglas de seguridad del tráfico pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la seguridad jurídica, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que, según este autor, las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes. PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, pág. 7.

cado se realice voluntariamente (83) —por cuya razón nadie puede ser privado de su derecho sin su consentimiento—; en segundo lugar, porque el incremento de la inseguridad de las titularidades incrementaría, a su vez, los costes necesarios para contratar y disminuiría el valor de los derechos.

Ello pone de manifiesto que la seguridad del tráfico no se consigue —como se ha argumentado— a costa de la seguridad de los derechos, sino, inversamente, reforzando la seguridad de los mismos (84). Y eso es, pre-

(83) Ello es así porque, por hipótesis, el mercado es un sistema eficiente de asignación de recursos escasos susceptibles de usos alternativos. Mercado significa intercambios voluntarios. Serán, por tanto, más eficientes aquellos mercados cuya infraestructura legal mejor defina y asegure los derechos que se intercambian y requiera menos costes transaccionales.

(84) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La inscripción como título valor...», *op. cit.*, pág. 2133 y sigs. En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho Común —por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios *nemo dat quod non habet*, *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, *ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc., desde una perspectiva dinámica, esto es, en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho Común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños —incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño— y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, *paradójicamente*, lo que los dueños consideran su *principal arma de defensa* —la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe— se convierte en su *principal flanco vulnerable* —pues tal norma actúa *bidireccionalmente*— sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho, puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la *irrevindicabilidad ilimitada* impide al Derecho Común no sólo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irrevindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente. En esa misma vulnerabilidad se subrogan el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan sólo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no sólo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

Pero, si esa sociedad que hemos detenido imaginariamente, se halla gobernada por el Derecho de la seguridad del tráfico, el dueño que sea privado de su derecho de propiedad sin su consentimiento ciertamente no puede reivindicarlo de quien lo ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien creía dueño y, además, ha inscrito su derecho; pero este flanco aparentemente débil del *verus dominus* es, sin embargo, su principal punto fuerte, porque si él es dueño porque ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, queda inmunizado frente a las eventuales reclamaciones del hipotético *verus dominus*, mediante la inscripción, la cual también impide que pueda surgir un tercero protegido, salvo con su consentimiento.

De hecho, la inscripción es la única carga que ha de asumir para asegurarse la conservación de su derecho y representa el único coste de conservación del mismo.

Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, las asimetrías informativas de carácter jurídico.

cisamente lo que hace el Registro de la Propiedad: frente a los costes de conservación exigidos por el Derecho Común —bajo cuya égida ningún propietario podía estar seguro de no sufrir una reivindicatoria hasta tanto no hubiese transcurrido el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, cuya declaración exige, además, una sentencia, previo procedimiento judicial— el nuevo Derecho de la seguridad del tráfico que el Registro vertebraba en el ámbito inmobiliario, tan sólo exige la inscripción en el Registro de la Propiedad (85).

Pero todo ello es fruto de un proceso evolutivo en el que se han ido imponiendo, poco a poco y con muchas dificultades, aquellas soluciones que, en cada sociedad, han ido alumbrando la historia, en función de las necesidades de los intereses en juego y del nivel de eficiencia y de eficacia del mercado político de cada una de las sociedades en cada momento.

Del mismo modo, la estructura institucional determinará el riesgo en el que incurre el vendedor de que el contrato sea incumplido por el comprador. El Registro de la Propiedad también colabora a despejar este tipo de incertidumbres, si bien de una manera indirecta, al facilitar la prueba del tenor exacto de determinados extremos contractuales, o facilitar la ejecución de

Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz.

(85) *Ibidem*. No dedico más espacio a argumentar por extenso en este trabajo porque no es el objeto del mismo, sino demostrar que el Registro no es esencialmente un instrumento de publicidad sino de generación de titularidades seguras. Sí parece conveniente, sin embargo, traer a colación la siguiente reflexión. En economía, la noción de eficiencia tiene, básicamente dos acepciones: 1. La eficiencia en el sentido de PARETO. La asignación de recursos es superior en el sentido de Pareto cuando mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de nadie. Esta noción parte del supuesto de información completa, voluntariedad de la transacción y ausencia de efectos externos. En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de PARETO requiere la unanimidad de todas las personas afectadas. Se trata, por tanto, de una concepción de la eficiencia válida para el modelo perfectamente competitivo, pero con pocas aplicaciones en el mundo real. 2. Criterio de KALDOR-HICKS o de maximización de la riqueza. Si A valora un bien en 5 y B en 12 con un precio de venta de 10 —de hecho con cualquier precio de venta entre 5 y 12— la transacción generará un beneficio total de 7. Con un precio de 10, por ejemplo, A se considerará 5 mejor y B 2 mejor. Habría una transacción eficiente siempre que el daño causado —si hay alguno— a terceros —menos los beneficios que se les confieran— no excedan de 7. La transacción sólo sería superior en el sentido de PARETO si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les inflinjan. El concepto de KALDOR-HICKS también recibe el nombre de superioridad potencial de PARETO: los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque no lo hicieran efectivamente.

Dado que, en el mundo real, casi nunca se dan las condiciones para la superioridad en el sentido de PARETO, pero los economistas hablan constantemente de la eficiencia —de hecho, es el nervio de la economía— está claro que la noción de eficiencia comúnmente aceptada no es la superioridad en el sentido de PARETO, sino en el sentido de KALDOR-HICKS. Véase POSNER, R., *El análisis económico del derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 21.

ciertas garantías en caso de incumplimiento, todo lo cual constituye un importante estímulo para el cumplimiento, y, en consecuencia, contribuye también a la disminución de uno de los componentes fundamentales de los costes totales de transacción, cuales son los denominados *costes de agencia* (86).

En todo caso, es necesario recalcar que todas estas incertidumbres, en relación a la seguridad de los derechos, constituyen una de las diferencias fundamentales entre los mercados relativamente eficientes de países con altos ingresos y las economías de tiempos pasados o las economías contemporáneas del tercer mundo, lo que pone de manifiesto que las diferencias institucionales son la clave del éxito relativo de las economías (87).

10. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO NO SACRIFICA EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO SINO QUE LO REFUERZA

La disminución de costes de información que se consigue gracias a la arquitectura jurídica diseñada para conseguir la seguridad del tráfico —y con ello una mayor circulabilidad y, por tanto, un mayor volumen de circulación de los derechos— puede implicar, se afirma, la imposición de una transacción forzosa a su titular, que, precisamente por serlo, es ineficiente (88).

Así, se afirma, en el *modelo* (89) perfectamente competitivo, sólo el intercambio voluntario asegura un resultado eficiente, por lo que la libertad contractual se erige en presupuesto básico de la eficiencia económica.

(86) La relación de agencia se establece cuando un principal delega ciertos derechos en un agente que está obligado por contrato —formal o informal— a defender los intereses del principal como contrapartida al cobro de una retribución bajo la forma que sea. En una relación de agencia, el agente tiene por regla general más información que el principal —porque le cuesta relativamente menos adquirirla— sobre los detalles de sus cometidos específicos y, desde luego, sobre sus propias actuaciones, cualificaciones y preferencias, por lo que la información se distribuye de forma asimétrica entre los dos, con lo cual los agentes tienen tendencia al incumplimiento o, al menos, a comportarse de forma oportunista. Véanse JENSEN, M. C., y MECKLING, W. H., «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», en *Journal of Financial Economics* 3 (núm. 4, octubre de 1976): 305-306. También ROSS, S., «The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem», en *American Economic Review*, 62 (mayo), págs. 134-136.

(87) NORTH, D. C., *ibídem*, pág. 88.

(88) En este sentido, PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 1987, págs. 21-23, afirma que «la reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita a través de la imposición forzosa de la transacción a su titular. Por lo tanto, no basta reducir los costes para justificar esas reglas, sino que es necesario reducirlos precisamente respecto de aquellas y sólo de aquellas transacciones típicamente eficientes», es decir, las voluntarias.

(89) En el *modelo* neoclásico de mercado perfectamente competitivo, se parte de la hipótesis de plena información y, en consecuencia, de ausencia completa de costes tran-

Si del modelo perfectamente competitivo, caracterizado por la suposición de información completa, descendemos a la economía real, caracterizada por la información incompleta, en todas las economías reales, los derechos de propiedad requieren unos costes de conservación, protección o vigilancia.

Se trata, por tanto, de saber si la introducción de sistemas registrales —que, como sabemos, disminuyen extraordinariamente los costes de información— incrementa o disminuye los costes de vigilancia. Si los disminuye, habrá que admitir, además, que, en presencia de tales sistemas, el número de transacciones inconsentidas será menor que en ausencia de los mismos.

Dado, además, que no todos los sistemas registrales disminuyen en igual medida los costes de información, conviene saber si aquellos que los disminuyen en mayor medida son también los que ahorran más costes de vigilancia.

Pues bien, tanto la experiencia histórica, como el análisis interinstitucional, como la propia doctrina económica (90), nos llevan a la conclusión de que los costes de información disminuyen en presencia de sistemas registrales de seguridad del tráfico y que, además, también disminuyen los de vigilancia. Es más, los sistemas registrales de seguridad del tráfico son los que más costes alternativos ahorran, ya que, por sí solos, son los que más seguridad *ex contractu* proporcionan al adquirente, al no ser oponibles a éste las excepciones personales derivadas de contratos precedentes, ni las cargas de origen negocial que no consten en la inscripción, por lo que no es necesario ningún seguro para cubrirse frente a ellas —mecanismo que, por otro lado, no impediría el siniestro, sino que, simplemente, lo indemnizaría—.

Precisamente por ello, la arquitectura jurídica de la seguridad del tráfico facilita la contratación entre extraños —sin duda una de las funciones principales del Estado— y, por tanto, el crecimiento y la expansión de los mercados, y, en consecuencia, los intercambios, la especialización, el crecimiento y el bienestar.

En el ámbito inmobiliario, aumenta, en consecuencia, la aptitud de los bienes como soporte del crédito (91), y la mayor protección que dispensa a los derechos, facilita las inversiones a largo plazo en los mismos.

saccionales, y, por tanto, también de información y/o de vigilancia. Pero, como sabemos, conforme al teorema de Coase, en el *modelo* la eficiencia económica es independiente de la estructura de los derechos de propiedad. Resulta irrelevante, por tanto, cualquier tipo de arreglo institucional dirigido a la reducción de unos costes inexistentes, por definición. Ver MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, pág. 4050.

(90) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, pág. 4050 y sigs., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

(91) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 700, especialmente pág. 596 y sigs., en

Dicho de otro modo, el Derecho de la seguridad del tráfico inmobiliario —necesario en un entorno de alta transaccionalidad entre desconocidos—, es una solución tecnológica de suma positiva en la que ganan todos y no solamente unos a costa de otros, pues todos mejoran su situación en relación a la que tenían en el Derecho de la seguridad jurídica —propio de un contexto de baja transaccionalidad entre individuos conocidos o fácilmente cognoscibles—. Ganan todos porque incorpora una tecnología jurídica más elaborada: el progreso evolutivo consiste en un creciente grado de complejidad en la colaboración que reclama una tecnología jurídica progresivamente sofisticada; a su vez, la solución tecnológica, una vez operativa, permite y potencia una colaboración crecientemente compleja.

En efecto, veamos. Conforme a lo expuesto, ¿quién gana y quién pierde en la nueva situación? Como hemos visto, suele afirmarse que en el Derecho Común, gobernado por el principio de la seguridad jurídica, se protege, sobre todo, al propietario, en perjuicio de adquirentes y acreedores; tal afirmación se basa en que, en él, el propietario que ha sido privado de su derecho sin su consentimiento puede reivindicarlo de quien lo posea —*ubi rem meam invenio ibi vindico*— incluso aunque sea un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. En cambio, en el Derecho presidido por la seguridad del tráfico, se afirma, se protege a adquirentes y acreedores, pero a costa de sacrificar, en el límite, los derechos del propietario, que puede verse privado de su derecho sin su consentimiento, por lo que, en el nuevo paradigma, disminuye la seguridad de su derecho de propiedad.

Pero, a poco que reflexionemos, incluso aunque concentremos nuestro análisis en un nivel estrictamente jurídico, caeremos en la cuenta de que, en el ámbito inmobiliario (92), eso es pura apariencia, una ilusión del sentido común.

En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho Común —por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios *nemo dat quod non habet*, *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, *ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc.— desde una perspectiva dinámica, esto es, en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

donde se aportan, además, evidencias empíricas sobre la relación existente entre sistemas registrales y mercado hipotecario, concluyendo que en los países con registros de tráfico, hay más volumen de crédito hipotecario en relación al PIB, los tipos de intereses son más bajos y los periodos de ejecución de la hipoteca menores que en los países con registros de documentos.

(92) En sede de cesión de créditos, con la introducción del régimen cambiario, ciertamente el deudor pierde del derecho de compensación, pero a cambio obtiene más crédito y en mejores condiciones. En todo caso, sin su consentimiento, la deuda no nace ni puede convertirse en cambiaria.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido su derecho de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho Común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños —incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño— y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, *paradójicamente*, lo que los dueños consideran su *principal arma de defensa* —la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe— se convierte en su *principal flanco vulnerable* —pues tal norma actúa *bidireccionalmente*— sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la *irreivindicabilidad ilimitada* impide al Derecho Común no sólo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irreivindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente.

En esa misma vulnerabilidad se subroga el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan sólo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no sólo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

Pero, si esa sociedad que hemos detenido imaginariamente, se halla gobernada por el Derecho de la seguridad del tráfico, el dueño que sea privado de su derecho de propiedad sin su consentimiento, ciertamente no puede reivindicarlo de quien lo ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien creía dueño y, además, ha inscrito su derecho; pero este flanco aparentemente débil del *verus dominus* es, sin embargo, su principal punto fuerte, porque si él es dueño porque ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, queda inmunizado frente a las eventuales reclamaciones del hipotético *verus dominus*, mediante la inscripción, la cual también impide que pueda surgir un tercero protegido, salvo con su consentimiento.

De hecho, la inscripción es la única carga que ha de asumir para asegurarse la conservación de su derecho y representa el único coste de conservación del mismo.

Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, las asimetrías informativas de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente iden-

tificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz (93).

Es, además, el que corresponde con una economía de mercado, es decir, con una sociedad en la que los principios que gobiernan el mercado se han erigido en los principios básicos de organización económica y social.

Por todo ello, puede sostenerse que —como afirma PAZ-ARES— la seguridad del tráfico no es más que una modalidad de actuación de la seguridad jurídica subjetiva y, por consiguiente, con su misma finalidad: garantizar al titular el disfrute —la extracción del valor de uso y del valor de cambio— de su derecho.

El Registro de la Propiedad español es, sin duda, una institución inspirada en los principios de la seguridad del tráfico. Sin embargo, en sentido estricto, no puede decirse que en el límite provoque transacciones forzosas —y, por tanto, ineficientes—. Tales transacciones sólo son posibles si el *verus dominus* no asume el único coste de conservación de su derecho que le impone el sistema: la inscripción de su adquisición, coste muy inferior a los necesarios en ausencia de Registro de derechos. Si no lo asume, está pues asumiendo el riesgo —y en este sentido, consintiendo— que tales transacciones puedan producirse, en cuyo caso, además, el sistema no le desprotege. Simplemente, según la terminología acuñada por CALABRESI y MELAMED, deja de protegerlo con una regla de propiedad para protegerlo con otra de responsabilidad (94), o, según la terminología más usual entre nosotros, deja de protegerlo con una regla de naturaleza real para protegerlo con otra de naturaleza indemnizatoria.

(93) Es ésta una cuestión clave, dado el efecto potencialmente expropiatorio de la inscripción en caso de error registral. En efecto, el Registro de derechos o de tráfico crea y extingue derechos con efectos *erga omnes*. Y este efecto se produce tanto cuando funciona correcta como incorrectamente. En este último caso, el efecto lo consigue a costa de expropiar al *verus dominus* o titular registral sin su consentimiento, pues en el límite, el efecto fe pública impone la protección del adquirente frente a los mismos. Naturalmente este efecto puede preverlo la ley a condición de que no suponga una expropiación nunca o casi nunca (salvo que se deba a que el *verus dominus* no quiso inscribir su adquisición y, por tanto, aceptó los posibles riesgos derivados), pues, en caso contrario, el sistema se colapsaría, ya que los propietarios, en ese caso, en vez de sentirse protegidos por el Registro, se sentirían amenazados por el mismo. Ello exige que el procedimiento registral ofrezca garantías suficientes para que tales errores no se produzcan, comenzando porque el encargado de autorizar la inscripción se halle en posición objetiva de neutralidad en relación a los diferentes intereses confluyentes en el procedimiento registral, lo que exige su independencia y responsabilidad efectiva y con fuertes incentivos para ser estricto. Además, en una economía de mercado con un Registro de derechos, éste suministra al mercado los derechos con los que opera, y debe hacerlo no sólo con la seguridad, sino también con la velocidad exigida por el mercado. Ambas exigencias hacen que todas las cuestiones referentes a la organización y gestión de tales registros sean capitales.

(94) CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85, 1972, págs. 1089-1120.

Por todo ello, tampoco puede afirmarse que el Registro de la Propiedad reduzca costes transaccionales y facilite las transacciones voluntarias a cambio de aumentar los costes en los que deben incurrir los titulares originarios para reducir el riesgo —abierto por la seguridad del tráfico— de que sus bienes sean objeto de transferencias o perturbaciones no consentidas; por el contrario, disminuye drásticamente los costes en los que es necesario incurrir para reducir tales riesgos: tan sólo la inscripción de la adquisición, lo que, a su vez, justifica la protección de los derechos inscritos mediante reglas de propiedad.

11. BREVE RECAPITULACIÓN. EL REGISTRO DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTO A TRAVÉS DEL CUAL EL ESTADO CUMPLE SUS FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD Y EL MERCADO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO

Hemos visto que la propiedad privada es una institución necesaria para la conservación y el aprovechamiento productivo de bienes escasos necesarios para la supervivencia. Si todos los bienes fuesen comunes, su destino trágico sería su extinción o agotamiento como consecuencia de la sobreexplotación.

Hemos visto también que el Estado es necesario porque libera grandes economías de escala en los servicios de protección que la propiedad requiere, lo que permite la extensión del sistema de derechos de propiedad en un doble sentido: por un lado, hace también rentable la apropiación de bienes menos valiosos y, por tanto, de más bienes y, por otro lado, permite que haya un mayor número de propietarios. Cuanto más eficaz sea el Estado en esta tarea y más economías de escala libere, en mayor medida se extenderá el sistema de derechos de propiedad y, en esa misma medida se optimizará el aprovechamiento de recursos escasos. En otros términos, cuanto más eficiente y eficaz sea el Estado en esta tarea, más valiosos serán los bienes inmuebles, esto es, en esa misma medida los bienes inmuebles podrán ser utilizados como *capital*.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarrarían y la supervivencia estaría al alcance de un menor número. No debe olvidarse que la finalidad del sistema institucional no es la protección de los propietarios como clase social, sino la optimización y extensión —idealmente universalización— del sistema de derechos de propiedad.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergería enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia.

La propiedad privada, sin embargo, no es propiamente una creación del Estado, sino que tiene su origen en un amplio consenso social sobre el aprovechamiento de los bienes y recursos sancionado por el Estado. Sin un amplio consenso, los derechos de propiedad no son posibles, porque no sería posible su sanción gubernamental.

El Estado sustituye la necesidad de que cada individuo proteja físicamente su propiedad, por un sistema de protección o de seguridad *jurídica*, un tipo de protección que solamente el Estado puede proporcionar. La seguridad jurídica consiste en un conjunto de reglas —y de instituciones encargadas de aplicarlas— que declaran la determinación del Estado de utilizar toda su fuerza en la protección del propietario si alguien pretende privarle de su derecho contra su voluntad o perturbarle en su ejercicio.

La necesidad del Estado genera un difícil equilibrio entre lo que el Estado da —en términos de derechos de propiedad— y lo que el Estado cobra por sus servicios —en términos fiscales—. Naturalmente cabe que el Estado tenga lo que OLSON (95) denomina un *comportamiento depredatorio*, que mine los derechos de propiedad y cobre altos impuestos, minando así la base institucional de la economía y haciendo que el edificio social se derrumbe.

No forma parte de nuestro objeto de estudio el análisis de los requisitos que deben darse para que el Estado promueva un sistema eficiente de derechos de propiedad. NORTH, entre otros, ha dedicado notables esfuerzos al desarrollo de una teoría del Estado desde este punto de vista (96).

A los efectos de este trabajo, baste señalar que la base institucional óptima sería aquella en la que no solamente se ha establecido un conjunto de derechos de propiedad claros y garantizados, sino también la que ha limitado la capacidad depredatoria de los gobernantes. Ello explicaría por qué las democracias representativas duraderas, al defender mejor los derechos de propiedad de los súbditos, propiciaron el crecimiento económico antes que las autarquías, en las que los súbditos pueden ser expropiados arbitrariamente. Los casos de España y Francia, por un lado, y los de Inglaterra y Holanda,

(95) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, págs. 201-202.

(96) Véase NORTH, D. C., *Instituciones...*, pág. 73 y sigs.

por otro, durante los siglos XVI y XVII, son sumamente elocuentes, como han demostrado NORTH y THOMAS (97).

Todo ello concuerda también con el énfasis que otorga SEN (98) a la libertad individual para conseguir el desarrollo económico. Según esta tesis, las libertades políticas, es decir, la capacidad de las personas para decidir quién las debe gobernar y sobre qué principios, se convierte también en una variable que condiciona las posibilidades de crecimiento de las economías.

Si, como afirma SAN EMETERIO (99), ampliamos de esta manera los requisitos necesarios para obtener del mercado la máxima ganancia, entonces ya no nos referiremos tanto a la necesidad de un Estado que garantice y defienda la propiedad de los individuos como a la necesidad de un Estado que garantice los llamados derechos humanos (100).

Dado que no puede haber propiedad sin un amplio consenso social, ni tampoco puede haber propiedad sin propietario y dado que para ser propietario es necesario haber adquirido la titularidad sobre el derecho de propiedad de un titular anterior, es necesario, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, que el Registro vertebrado en el ámbito inmobiliario, que el Estado compruebe, antes de reconocer al nuevo propietario, es decir, antes de comprometer toda su fuerza en la defensa del mismo, que se han respetado escrupulosamente las normas imperativas que conforman la convención social en que la propiedad consiste, pues, en caso contrario, dicho consenso podría quebrarse.

Por otra parte, desde el punto de vista de su contribución al crecimiento económico, el derecho de exclusión en que la propiedad consiste se justifica no sólo porque estimula las inversiones a largo plazo, sino porque, al ser libremente transferible, permite que los recursos escasos se asignen a sus lugares de uso más eficiente, lo cual se potencia porque los derechos de exclusividad y de libre transferencia que forman parte del derecho de propiedad, van acompañados por el de libertad contractual, en cuya virtud las diferentes facultades en que la propiedad consiste pueden transmitirse unitariamente —como tal derecho de propiedad— o separadamente, lo cual permite múltiples combinaciones de aprovechamiento de los recursos y, por lo tanto, un uso especializado y más productivo de los mismos.

Ahora bien, organizar las transferencias de titularidades sobre derechos —reales— ampliamente divisibles y recombinables entre personas desconocidas entre sí, poseídas por el autointerés y la desconfianza, con información

(97) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, especialmente el capítulo ocho.

(98) SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Ed. Planeta, Barcelona, 2000, pág. 57.

(99) SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 34.

(100) En este mismo sentido, CHENEVAL, F., *Property Rights as Human Rights*. PALLI, J. M., *Property Rights and Human Rights in the Americas*, así como WILLIAMS, J., «Human Rights, Property Rights, and Human Security», en DE SOTO, H., y CHENEVAL, F., *Realizing Property Rights*, Ruffer and Rub, 2006.

incompleta y asimétricamente distribuida, es una tarea sumamente compleja. Pero es justamente la razón de ser del Estado, lo que constituye su justificación. Sin él no puede haber propiedad ni mercado, ni por tanto crecimiento ni bienestar.

Si las titularidades sobre los derechos de propiedad no son seguras, si tampoco lo es su ejercicio, si no es posible la contratación entre extraños —en eso consiste el mercado—, entonces el mecanismo esencial de asignación permanente de recursos hacia sus usos más eficientes en que el mercado consiste falla, por lo que no es posible tampoco la expansión de los mercados, ni el incremento progresivo de la especialización, ni en consecuencia de la productividad, ni tampoco del crecimiento ni del bienestar.

Supuesto el reconocimiento en *abstracto* del Derecho de propiedad privada por la inmensa mayoría de los estados, lo que significa su compromiso en defensa del mismo, sin embargo tal grado de compromiso en la organización de la transferencia de titularidades y en la defensa de las mismas es muy diverso. Ello significa, en realidad, que, de hecho, es muy diferente el grado de compromiso efectivo de cada Estado en la defensa efectiva del derecho de propiedad.

Puede decirse que hay un *grado mínimo de compromiso* cuando se limita al reconocimiento abstracto del derecho de propiedad, confiando todos los problemas relacionados con la transferencia y circulación del mismo a las reglas del Derecho Común, dejando que sean los propios agentes económicos los que generen soluciones que minimicen, en la medida de lo posible, los riesgos que tal sistema implica para el adquirente y, por tanto, para todo aquel que cree haber adquirido la titularidad sobre un derecho de propiedad derivativamente, modo habitual y generalizado de adquisición de los derechos de propiedad. Tales soluciones han revestido históricamente una gran variedad. Pueden citarse aquí las diferentes formas notorias de contratación, de publicación de los contratos, el recurso a testigos, incluso responsabilizándolos en caso de evicción, etc.

Este sistema tiene el inconveniente para el Estado de que no le genera ingresos fiscales. Por ello, algunos Estados, sobre todo en los momentos iniciales de su formación, normalmente impelidos, además, por urgencias fiscales, han sabido dar un paso más e implantar registros que tenían por objeto la publicación de contratos relativos a actos con finalidad transmisiva de inmuebles o a la constitución de cargas sobre los mismos. Tales registros significan un nivel de compromiso por parte del Estado que podemos calificar de *intermedio* porque no alteran las reglas del Derecho Común, pero sí contienen reglas probatorias y criterios de preferencia en caso de conflicto.

Así, en el caso de que dos o más individuos se disputasen el derecho sobre un bien, quien fundase su derecho en un documento no inscrito no podía utilizar tal documento como prueba en ningún caso, o no podía ser

utilizarlo como prueba contra quien presentase un documento inscrito, o, si ambos estaban inscritos, se otorgaba preferencia en función de la prioridad, que no la fijaba la fecha del documento sino la fecha de ingreso del mismo en el Registro, sin que ésta fuese, por lo demás, una regla definitiva para la solución de la controversia, en todo caso.

La lógica de este sistema es, en realidad, exclusivamente fiscal: a cambio del pago de los correspondientes impuestos, el Estado no dificulta la utilización del documento en el que conste la transacción como prueba, si bien su publicación en el Registro no garantiza al potencial adquirente haber adquirido el derecho de propiedad, porque la inscripción no altera las reglas del Derecho Común, entre ellas, la regla *ubi rem meam invenit ibi vindico*. Esta es la lógica en la que se inspiran los registros de documentos o de mera oponibilidad, y, por ello, suelen depender de los Ministerios de Finanzas.

Por último, el *grado más alto de compromiso* o de implicación del Estado en la defensa del derecho de propiedad y de la economía de mercado se da en aquellos casos en los que se sustituye el Derecho Común por el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, creando Registros de derechos o de tráfico que son las instituciones que vertebran tal Derecho en el ámbito inmobiliario. Tales registros significan un compromiso activo del Estado en la defensa del derecho de propiedad en todas sus dimensiones, tanto estática como dinámica.

Los principios en los que se inspiran forman parte del conjunto que conforma el Derecho de la seguridad del tráfico —cuyos orígenes en Europa Occidental podemos encontrar, al menos, en la denominada *Lex Mercatoria* o *Merchant Law*— el cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación —y, por tanto de especialización— que el Derecho Común —Derecho de la seguridad jurídica— al que viene a sustituir y el cual responde a un estadio de cooperación más rudimentario.

En este paradigma, frente a lo que se ha venido afirmando, ganan todos, no solamente unos a costa de otros. No salen ganando, como hemos visto, adquirentes y acreedores frente a propietarios; antes al contrario, adquirentes y acreedores ganan porque en el nuevo paradigma el propietario ve robustecida su posición y tanto más cuanto más intensamente actúen los principios del derecho de la seguridad del tráfico.

El nuevo paradigma limita la información necesaria para contratar con seguridad en dos aspectos relevantes —titularidad y cargas preferentes de origen negocial— mediante la técnica de la incorporación del derecho a la inscripción y la conversión de ésta en un título valor cualificado o de fe pública similar al cambiario.

Mediante esta técnica, y en relación a los atributos referidos, la inscripción impone una simetría informativa funcional entre las partes, porque, en relación al adquirente, la inscripción le suministra toda la información que

necesita, y en relación al transmitente, hace irrelevante la información que posea y que no conste en la inscripción, lo que contribuye a fundamentar la confianza, dota de seguridad a la adquisición de los derechos, facilita y agiliza la contratación en el mercado y permite la conversión de la propiedad inmobiliaria de garantía crediticia y, por tanto, en un activo económico.

Tal sistema transmisivo permite, además, proteger la titularidad adquirida conforme al mismo mediante una regla de propiedad. Ya no se trata de publicar contratos para poder utilizar los documentos en los que se formalizan como prueba ante los tribunales —a cambio del pago de impuestos— sino de generar titularidades seguras respaldadas por el Estado y mecanismos de transmisión fáciles y seguros de tales titularidades en un entorno, además, mucho más complejo, de modo que resulte rentable la explotación de bienes inmuebles mediante derechos reales cuya titularidad quede protegida por una regla de propiedad, lo cual, como hemos visto permite un uso más especializado de los mismos y, por tanto, una mayor productividad.

Como consecuencia, en los países dotados de tales sistemas, sus costes transaccionales, en el ámbito inmobiliario, son más bajos y su mercado hipotecario mucho más eficiente, porque permite, *coeteris paribus*, tipos hipotecarios más bajos y un mayor diferencial de los mismos en relación a los préstamos o créditos personales.

En un Registro de derechos, la inscripción significa el reconocimiento por parte del Estado del derecho de propiedad sobre un inmueble a favor de una determinada persona, lo que constituye una suerte de adjudicación en régimen de monopolio de los beneficios reales o potenciales generados por el recurso a favor de una persona con exclusión de los demás. El Estado sólo puede realizar tal reconocimiento previa comprobación de que quien solicita la inscripción ha respetado, en la adquisición del derecho cuyo reconocimiento postula, los límites marcados por las normas imperativas.

12. EL REGISTRO: FUNCIÓN DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE SU NECESARIA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y DEL CARÁCTER COACTIVO DE SUS RESOLUCIONES

12.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Esta es una función que solamente puede realizar el Estado. Es más, constituye una de sus funciones esenciales porque exige neutralidad e imparcialidad en la aplicación del Derecho y recurso a la coacción, en su caso. No forma parte del mercado sino de la infraestructura legal o institucional que el Estado debe proveer para que el mercado sea posible.

Siendo la propiedad, como hemos visto, un monopolio de aprovechamiento de un bien escaso reconocido por el Estado en favor de una persona, con exclusión de todas las demás, cuyo reconocimiento por el Estado requiere que en el proceso adquisitivo se hayan respetado todas las normas legales emanadas del propio Estado, sería una burla admitir que la persona contratada por quienes articulan el negocio con finalidad transmisiva y, en su caso, por el potencial adquirente del aprovechamiento exclusivo en beneficio propio y con exclusión de los demás, pudiese decidir, en nombre del Estado, sobre la *legalidad* y *efectividad* del proceso transmissivo, en beneficio de sus propios clientes y en perjuicio de todos los demás, vinculando con su decisión al propio Estado, cuyo aparato coactivo quedaría, a partir de ese momento, al servicio de los intereses del cliente del decisor.

No debe olvidarse que una de las condiciones necesarias para que la economía de mercado —que implica la contratación entre extraños— pueda funcionar es que el Estado actúe como *tercero imparcial*, imparcialidad que se erige en una condición de legitimidad de sus decisiones, la cual fundamenta no sólo la imposición coactiva de sus decisiones, en caso necesario, sino también la atribución al Estado de tal monopolio de coacción.

12.2. LOS INTENTOS DE APROPIACIÓN DE LAS FUNCIONES REGISTRALES POR PARTE DE ALGUNOS OPERADORES ECONÓMICOS

Resulta por ello más que sorprendente que desde algunos sectores se haya postulado que tal actividad se preste recurriendo a mecanismos de mercado, o, *in claris*, que forme parte del mercado. O, mejor dicho, no tan sorprendente; se trata de una vieja cuestión.

La posición del Notariado en relación con el nacimiento y desarrollo de los modernos sistemas registrales ha sido, en el mejor de los casos, ambigua. De hecho, la Ley Hipotecaria española de 1861 contó con la oposición de los escribanos, a pesar de que la nueva Ley Hipotecaria fue la causa directa de su renovación, mediante la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862. Tal oposición se produjo por varias razones. En primer lugar, porque la nueva Ley Hipotecaria les privaba de la competencia para la llevanza de los nuevos Registros (101). En segundo lugar, porque el nuevo sistema

(101) Una Real Orden Circular de 7 de octubre de 1836 ordenó que en los Ayuntamientos donde los Secretarios no fuesen Escribanos Reales debería encargarse del Oficio de Hipotecas el Escribano más antiguo de la Cabeza del Partido. La nueva Ley preveía la creación de un cuerpo especial, lo que hizo que todos cuantos estaban a la cabeza de los Oficios por un título u otro, reaccionaran, hasta el punto de que se creó en el Senado una Comisión Especial encargada de las pretensiones de este colectivo. Gonzalo de las Casas quien, entonces, ocupaba el cargo de Director de la Gaceta el Notariado, solicitó que

registral, basado en la fe pública registral, una vez se consolidara, les haría perder protagonismo (102). Por lo demás —como ha demostrado NOGUEROLES PEIRÓ— esa fue la tónica general en Inglaterra, Francia y otros países, básicamente por la pérdida de protagonismo que, en mayor o menor medida, implicaba para el Notariado la evolución de los sistemas registrales (103).

La nueva Ley, sin embargo, establecía, como regla general, la necesidad de que los actos y negocios con finalidad transmisiva constasen en escritura pública para que los derechos resultantes pudiesen ser inscritos, previa

se encargase la gestión de los registros a los depositarios de la fe pública, y en los casos en que no fuera posible que, al menos se respetasen los derechos adquiridos de aquellos que hasta la fecha habían estado al frente de las Contadurías de Hipotecas, bien de modo natural, bien legalmente mediante la correspondiente indemnización a los propietarios que, por juro de heredad o mediante un usufructo vitalicio venían disfrutando del cargo. La Comisión rechazó tales pretensiones, si bien entendió que, respecto de aquellos que habían comprado el derecho a la Corona, es decir, en relación a los Contadores de Hipotecas, debía proceder la correspondiente indemnización. Sin duda, la organización del Notariado mediante la Ley del año siguiente, 1862, permitió una mejor organización del Notariado para articular su oposición al nuevo sistema. Véase SERNA VALLEJO, M., *op. cit.*, págs. 477-479.

(102) Con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861, los notarios, según RODRÍGUEZ ADRADOS, examinaban toda la cadena de títulos de propiedad durante todo el periodo de la prescripción adquisitiva. Esta afirmación —por otro lado, imposible, pues ni el notario ni nadie podía ni puede seguir de ningún modo ninguna cadena de títulos— pone de relieve el mayor protagonismo del Notariado cuanto más oscuridad pese sobre la situación jurídica de los inmuebles, su nostalgia de una antigua e idealizada actuación y sus resistencias a la implantación de ningún sistema que clarifique absolutamente la situación jurídica de los inmuebles en favor de adquirentes y acreedores. Véase RODRÍGUEZ ADRADOS, A., en *Comentario del Código Civil*, T. II, pág. 336. Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Sobre el diferente papel de notarios y *solicitors* en general en un registro de documentos y en uno de derechos, véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, pág. 93, Ed. Palestra, Perú, 2004.

(103) NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista», págs. 857-859, en *Historia de la Propiedad (Crédito y garantía)*. DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E. (coords.), Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007. Según NOGUEROLES, el establecimiento del Registro en Inglaterra y Gales contó desde el principio con la oposición de los *solicitors* y de la aristocracia terrateniente. Sin embargo, la oposición de la aristocracia se fue mitigando en la medida en que el Registro se desligó de las leyes que pretendían reformar la primogenitura, se conservó el carácter secreto del contenido del Registro y las clases medias fueron adquiriendo una mayor influencia. En cambio, la oposición de los *solicitors* se articuló alrededor de la *Law Society* y adoptó distintas formas: unas veces la oposición fue frontal, en otras pretendía simplificar los títulos como alternativa a la implantación del Registro y, finalmente, cuando la implantación del Registro parecía inminente propugnaron un *Register of Deeds* o Registro de documentos. La situación era muy parecida en Francia, donde Mazeaud señala cómo el Notariado y la nobleza se opusieron a la publicidad inmobiliaria. GUILLOUARD escribió que el primer obstáculo para la creación del *libre foncier* era la hostilidad de todas las personas que, en el mundo de los negocios «*vivent des obscurités de notre régime hypothécaire, et ces personnes s'appellent légion*». Lo mismo sucedió en Italia, así como en Australia y Tasmania.

superación del correspondiente procedimiento. Este privilegio de acceso de la documentación notarial al Registro, junto con el carácter ejecutivo de la misma, ha sido determinante en la demanda de servicios notariales y gran parte de la actuación notarial ha ido dirigida al mantenimiento y aun reforzamiento de dicho privilegio, porque constituía y constituye uno de los principales valores añadidos de la intervención notarial.

Ahora bien, diversos factores relacionados con el desarrollo de la economía de mercado, con el desarrollo de la abogacía y con la aparición de nuevas tecnologías de autenticación documental —especialmente la denominada *firma electrónica*— han determinado una gradual liberalización y heterogeneización de las diferentes vías de acceso al Registro, rompiendo el tradicional monopolio notarial al respecto (104). Esta es la tendencia general que se va imponiendo, no solamente en Europa, sino en la mayor parte de los países desarrollados. Un reciente informe realizado por el *Centre of European Law and Politics* de la Universidad de Bremen, coordinado por C. U. SCHMID y realizado por encargo de la Comisión Europea, es definitivo a este respecto (105).

(104) Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Análisis de su realidad organizativa*, Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, págs. 112 y 175 y sigs. También NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La evolución de los sistemas registrales en Europa», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265.

(105) El informe recibe el nombre de *Conveyancing Services Market*. Ha sido coordinado por C. U. SCHMID del Centre of European Law and Politics (ZERP) de la Universidad de Bremen. Véase el fundamental trabajo de ARRUÑADA, B., «Market and institutional determinants in the regulation of conveyancers», en *European Journal of Law and Economics* (2007). El nudo de la argumentación del informe puede resumirse del siguiente modo:

En relación con la intervención obligatoria del notario en el proceso de transmisión inmobiliaria y sucesivo registro, las ideas-fuerza fundamentales del informe comunitario son las siguientes:

1.º El ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del «Notariado Latino» (Latin Notary System), no constituye ejercicio de autoridad pública («public authority»). Aunque la regulación doméstica califique al titular como «autoridad pública» (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia), aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es «esencialmente económica en cuanto a su naturaleza». Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia a los efectos de los artículos 45, 55 EC. Sobre la postura de la Comisión, se explica en las páginas 48 y siguientes con cierto detenimiento.

2.º La Comisión estaría dispuesta a admitir excepciones a los principios de libertad de establecimiento y de libre provisión de servicios profesionales, siempre que esas restricciones sean legítimas (respondan a atendibles «policy objectives») y, en cualquier caso, sean proporcionales.

3.º La justificación aducida por el Notariado Latino de la intervención obligatoria del profesional («mandatory intervention») se resume en: (i) El suministro de información legal y consejo específico a quienes contratan, incluso en el caso de que el documento sea redactado por otros (abogados, gestores); (ii) Protección del consumidor y en general de la parte más débil del contrato; (iii) Control de legalidad previo al registro de los documentos («Pre-control Land Register»); (iv) Prevención de conflictos (nuestra «seguridad jurídica preventiva»); (v) Colaboración con las autoridades estatales y fiscales en la prevención de fraudes, etc.

En algunos países —España, por ejemplo—, la reacción notarial ha sido la de intentar bloquear dicha liberalización, por un lado, y, por otro, la de intentar modificaciones legales que impidan a la Administración supervisar la legalidad de la actuación notarial, algo que quedaría reservado en exclusiva a jueces y tribunales (106), por lo que la actuación notarial, es decir, la escritura pública, vincularía a la propia Administración.

4.º No obstante lo anterior, se afirma resueltamente que todas esas justificaciones, aunque presentan algún aspecto atendible de legitimidad, no convencen suficientemente, puesto que no pasan el «test» de «proporcionalidad».

5.º En cuanto al argumento de protección a la parte débil del contrato y de los consumidores, la cosa tiene difícil justificación cuando la minuta es redactada («drafting») por las partes o por un tercero (abogado o no) y el fedatario se limita a su elevación a público. El control posterior del documento ya redactado a estos fines es ineficiente. Más aún, la intervención notarial puede llevar a engaño al consumidor si le hace creer que su juicio es definitivo cuando existe un control posterior. Todas estas razones «minan sustancialmente» el argumento de defensa del consumidor.

6.º En contratación estandarizada no se comprenden las razones de impedir que un consumidor informado no pueda manejar por sí mismo todo el proceso de formalización documental y registro. Sobre todo, habida cuenta de las experiencias ya existentes en materia de formularios directamente registrables.

7.º En los contratos «comerciales» en que existe paridad de condición de partes, la protección del consumidor no está justificada. Sólo añade burocracia que entorpece la libre contratación.

8.º No es necesaria la intervención profesional en los supuestos del preceptivo control de legalidad previo al registro de documentos, dado que a lo largo de Europa el Land Registry está provisto de profesionales cualificados a estos fines (sean funcionarios, profesionales o jueces). En España, incluso, la existencia de un control adicional al del Registrador es causa de la ralentización de todo el proceso. La posible ganancia en la celeridad del consejo especializado de un profesional no es suficiente argumento. Debería al menos dejarse la intervención del notario como opción del usuario como se ha hecho en Portugal, en donde la legislación simplificadora contempla la posible intervención del Registrador como sustituto de la tradicional del notario en la redacción y registro de documentos.

9.º El argumento de la oportunidad de un control de la regularidad formal, sobre todo en lo que hace a la identificación de los sujetos, no es suficiente. No sólo porque el mismo staff del registro puede cumplir esta función, sino porque el servicio de la legalización de las firmas puede hacerse por otros profesionales —jueces, autoridades, abogados con funciones notariales— o emplearse la tecnología de firma electrónica.

10.º En cuanto al control de la legalidad sustantiva (substantive legality), el interés público general puede ser adecuadamente protegido a través de la publicidad registral.

11.º La cosa del control preventivo de los conflictos y el consiguiente ahorro de costes de transacción no puede tampoco sostenerse. No sólo porque esa eficacia preventiva se consigue a través del sistema registral, sino porque, de un lado, poca seguridad preventiva se añade en la contratación estandarizada y, de otro, la que se gana con la intervención notarial no es muy eficiente ni suficiente.

12.º En cuanto, por fin, a la colaboración con las autoridades tributarias, para eso existen los mecanismos previstos en la inspección y recaudación.

Resumen realizado por FERNÁNDEZ DEL POZO para la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver (www.arbo.org.es)

(106) Así constaba en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 25 de octubre de 2006, aprobado por el Congreso y del que el Gobierno desistió en el Senado. Así resultaba también del artículo 143

En ese contexto, el Notariado ha postulado la limitación de las competencias calificadoras de los registradores, o, directamente, la transferencia de dichas competencias al Notariado, que actúa en régimen de libre elección, es decir, en régimen de mercado. Para hacerlo posible se ha llegado a demandar del Gobierno la libre elección de registrador por parte del notario o de sus clientes, con absoluto olvido de todos los demás intereses en juego. Y, evidentemente, si fuera posible ejercer la función calificadora en régimen de libre concurrencia, no habría inconveniente alguno para atribuirla al notario o a cualquier otro operador jurídico que actúe en régimen de mercado tal competencia.

En ocasiones, a estas propuestas notariales se han sumado otros agentes. Las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos requieren la superación de un procedimiento que ofrezca unas garantías mínimas. Entre ellas, la necesidad de que la supervisión legal la realice un órgano independiente con facultades suficientes. Y ello suele ser molesto para las empresas y demás agentes que operan en el mercado y, en ocasiones, han utilizado su capacidad de interlocución política para intentar suprimir o eliminar la supervisión legal sin ser conscientes de las graves distorsiones que pueden producirse, comenzando por la disminución de los efectos jurídicos de los registros, es decir, por la disminución de su valor legal (pérdida o disminución de valor probatorio).

La experiencia demuestra que el valor de semejantes reformas suele ser muy limitado e incluso negativo para las propias empresas, por mucho que puedan reducir sus costes —explícitos e implícitos— de tramitación. El motivo: la disminución del valor legal y judicial de la información registral impide que el Registro pueda prestar su mayor utilidad: servir de *input* prácticamente incuestionable en la práctica contractual y judicial reduciendo costes de transacción futuros a las propias empresas y agentes en general. Como consecuencia, se hace necesaria la contratación de servicios complementarios, innecesarios antes de las reformas. Tales reformas, pues, acaban suponiendo una elevación de costes transaccionales explícitos e implícitos para las propias empresas que los propiciaron.

Por ello, aumentar el valor legal y judicial de los pronunciamientos registrales siempre es eficiente. Ello requerirá exigir controles rigurosos, que no pueden ni deben ser suprimidos, a la vez que no deben exigirse más de los necesarios y, además, deben ser instrumentados del modo menos gravoso posible. Para que tales controles produzcan los efectos deseados se requiere una institución pública independiente, competente y eficientemente estructurada.

del Proyecto de Reglamento Notarial, aprobado por el Ministerio de Justicia, si bien en la versión aprobada por el Consejo de Ministros se salvan expresamente las competencias de jueces, administraciones públicas y funcionarios.

13. RAZONES POR LAS CUALES NO PUEDEN ATRIBUIRSE FUNCIONES CALIFICADORAS A LOS NOTARIOS NI A NINGÚN OTRO OPERADOR ECONÓMICO

13.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

No obstante, dado que tales propuestas se han producido, y que la posición notarial no parece haber cambiado, al menos en España, parece necesario volver a traer a colación las razones por las cuales los notarios no pueden calificar, o si se prefiere, las razones por las cuales son incompatibles el hecho de atribuir al notario o a cualquier otro operador que actúe en régimen de libre elección la función calificadora y el mantenimiento de un sistema registral, sea de derechos, sea de documentos.

Ciertamente, el notario es un operador económico porque ésta es la naturaleza de su actividad, incluso en aquellos países en los que la legislación interna los califica de funcionarios. Es algo, además, que no ofrece duda alguna a quienes han estudiado esta materia. Un reciente informe realizado por el *Centre of European Law and Politics* de la Universidad de Bremen por encargo de la Comisión Europea y al que anteriormente me he referido, concluye, en este sentido, que el ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del *Notariado Latino* (*Latin Notary System*), no constituye ejercicio de autoridad pública (*public authority*), ni siquiera aunque la regulación doméstica califique al titular como *autoridad pública* (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia); aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es *esencialmente económica en cuanto a su naturaleza*. Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia (107). La idea de la dependencia

(107) Véase ARRUÑADA, B., «Markets and institutional determinants in the regulation of conveyancers», en *European Journal of Law and Economics*, 2007, pág. 98 y sigs. Asimismo el reciente (2007) informe sobre *Conveyancing Services Market*, coordinado por C. U. SCHMID del Centre of European Law and Politics (ZERP) de la Universidad de Bremen, y realizado por encargo de la Comisión Europea, argumenta, en relación a este punto, lo siguiente: 1.º El ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del «Notariado Latino» (*Latin Notary System*), no constituye ejercicio de autoridad pública («public authority»). Aunque la regulación doméstica califique al titular como «autoridad pública» (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia), aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es «esencialmente económica en cuanto a su naturaleza». Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia a los efectos de los artículos 45, 55 EC. Sobre la postura de la Comisión, se explica en las páginas 48 y siguientes con cierto detenimiento. En España, curiosamente, la legislación califica al notario, simultáneamente de funcionario y de profesional. Así, la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, dispone en su artículo 1: «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y de más actos extrajudiciales. Habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios». El Reglamento Notarial, no obstante, da un paso más y lo

de la actuación notarial de las relaciones de clientela y de su especial complacencia con los intereses de los clientes con poder de mercado es, por otro lado, recurrente en la propia literatura notarial (108).

Por esta razón, como veremos, si se atribuyesen al notario o a cualquier otro operador económico tales funciones, sería necesario regresar al viejo Derecho Común, completado, como era habitual, con medidas complementarias de publicidad y aseguramiento, es decir, sería necesario regresar precisamente al Derecho ante cuyas insuficiencias fue preciso generar soluciones tecnológicas más sofisticadas. En efecto, las insuficiencias del Derecho Común aún completado con un Registro de documentos, complementado todo ello, a su vez, con algún tipo de aseguramiento económico, aconsejó el recurso al Derecho de la seguridad del tráfico, surgido precisamente como consecuencia de las insuficiencias del sistema anterior, y vertebrado en el ámbito inmobiliario por el Registro de derechos, algo que parece haberse olvidado y

caracteriza, también, como profesional. Así, el artículo 1 del Reglamento Notarial —modificado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero— dispone: «Los notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar...». Esta caracterización pretendidamente híbrida viene a significar que el notario es, a la vez, autoridad pública, encargada de controlar que la legalidad no sea violada y, a la vez profesional, que desarrolla una ingeniería transaccional dirigida a sortear la ley cuya defensa, por otro lado, le competiría. Quien lo elige y retribuye es, sin embargo, el cliente, y no para que vigile y censure lo que hace, sino para que idee la manera de poder hacer lo que desea. Le contrata, pues, como asesor jurídico o ingeniero transaccional, no como controlador, y le retribuye como tal, no como controlador. El problema se plantea cuando tal servicio lo prestan otros ingenieros transaccionales —abogados— y, sin embargo, los clientes deben seguir utilizando los servicios notariales porque la ley los impone como obligatorios para que el documento correspondiente pueda acceder al registro. Este es otro problema que no abordamos por no formar parte de nuestro objeto de estudio. Baste dejar constancia de que, con independencia de la denominación que se dé a su actividad, el notario es un operador económico. Y si a un operador económico se le conceden facultades públicas, es obvio, que se le está dando la posibilidad de que las use en beneficio de sus clientes; además se le está incentivando a hacerlo cuando quien le retribuye por sus servicios es el cliente, y ese llega a ser el mayor valor añadido de sus servicios en aquellos casos en los que el notario es sustituido en su función de ingeniería por los abogados.

(108) Véase, por ejemplo, COSTA, J., *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*. Obras completas. Vol. XIII, 2.^a Ed., Biblioteca Costa, Madrid, 1917. BERNÁ, J., y CREHUET, E., *A l'infern de dos en dos: Cartes entre Joan Bernà i Eladi Crehuet, notaries*, Lérida, Pagès. LÓPEZ BURNIOL, J. J., «Entre el servicio y el control: Contribución de la fe pública a la ordenación del mercado», en *Iuris, Cuaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, págs. 113-149.

que constituye una solución tecnológica más sofisticada, como hemos visto, y, por ello, permite un mayor grado de protección de los derechos y de cooperación —contratación— entre los agentes económicos. Y, como sabemos, cuando se olvida la historia se está condenado a repetirla. Me referiré especialmente a este segundo tipo de registros, no sin antes advertir que tampoco los atributos esenciales de un Registro de documentos podrían quedar en manos de ningún operador económico (109).

13.2. LA NECESIDAD DE PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO COMO CONSECUENCIA DE LA CONCURRENCIA DE DIFERENTES FACTORES

Las razones por las cuales se requiere un procedimiento para obtener la inscripción del derecho y ésta se articula, a su vez, de hecho, como un derecho del adquirente radican en los efectos externos que produce la inscripción —de diferente intensidad según se trate de un Registro de derechos o de documentos— en la naturaleza del derecho de propiedad, en la confluencia de los diferentes intereses en juego, en la insuficiencia del contrato para garantizar a quien desea adquirir que, en efecto, ha adquirido el derecho deseado, tal y como deseaba adquirirlo, así como en la proliferación de normas imperativas en relación con la propiedad inmobiliaria y el progresivo recurso al Registro de la Propiedad para asegurar su cumplimiento. Naturalmente, sobre todo ello se proyecta la naturaleza imperativa —y coactiva, por tanto— de la resolución registral admitiendo o denegando la inscripción solicitada.

13.2.1. *La producción de efectos externos*

En cuanto a los efectos externos, ya hemos visto cuáles son las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos. En virtud de ellas, *inter tertios*, esto es, en relación al mercado, la inscripción es el título;

(109) En efecto, al igual que en los Registros de derechos, en los de documentos la fecha relevante respecto de terceros no es la del título, sino la de ingreso en el Registro, que es el que establece su prioridad respecto de terceros; tales registros incorporan normalmente, también, el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos.

Por estas razones, no se dejan tales registros en poder de los notarios, ni siquiera en los Estados Unidos. Considerando que cada notario sirve profesionalmente a sus clientes y que la organización colegial es notarial, dejar tales registros en manos del Notariado, o dotar de tales efectos a un archivo notarial, sería contrario a lo exigido por las cautelas más elementales. A ninguna compañía de *title insurance*, por ejemplo, se le ocurriría aceptar las pólizas expedidas por sus agentes sin haber sido previamente evaluadas por los jefes de riesgos porque saben que esa política les conduciría directamente a la quiebra.

es más, es un *título valor*, por cuanto, al mercado, esto es, al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe —pues el mercado desconoce los actos gratuitos y repele la mala fe— únicamente le afecta el *tenor literal* de la inscripción: ningún otro derecho o carga de origen negocial puede afectarle, así como ninguna causa de anulación o de resolución derivada de un negocio anterior que no conste inscrita, del mismo modo que al endosatario de una letra de cambio únicamente le afecta el tenor literal de la letra, pero no las vicisitudes que afecten, en su caso, al negocio causal, las cuales operan únicamente *inter partes*.

Que la inscripción es el título, *inter tertios*, es decir, *erga omnes* con la excepción, en su caso, del *tradens* del titular registral, quiere decir que, por virtud de ella, el Estado compromete el uso de su fuerza coactiva en favor de su titular —es decir, del titular de la inscripción o del titular del derecho según la inscripción, pues son términos equivalentes—, mientras la inscripción no sea anulada en el procedimiento judicial correspondiente, pues, al no producir la inscripción efecto de cosa juzgada, puede ser impugnada en el pertinente procedimiento judicial, en el que todo el *onus probandi* recae sobre quien impugne.

Ello significa, en esencia, que, *inter tertios*, que es su ámbito propio, la inscripción protege al adquirente mediante un acto de tráfico con una regla de propiedad (*property rule*), en cuya virtud, en caso de conflicto entre el *verus dominus* y el adquirente, el juez no puede devolver la cosa al primero, sino que debe proteger la adquisición efectuada. *Inter partes*, sin embargo, sigue vigente la regla de responsabilidad (*liability rule*) propia del Derecho Común.

Ciertamente, en el ámbito de los derechos de crédito, para su incorporación a una letra, esto es, para sustraer su circulación del régimen del Derecho Común y someterla al régimen del Derecho de la seguridad del tráfico, se requiere un acuerdo de voluntades entre las partes. Por un lado, no constituye un derecho de ninguna de ellas; por otro lado, no se requiere ninguna voluntad más.

En el ámbito de los Derechos reales, sin embargo, para la inscripción, esto es, para sustituir el régimen de circulación de los derechos sobre inmuebles propio del Derecho Común por el propio del Derecho de la seguridad del tráfico, no se requiere un acuerdo de voluntades entre las partes contractuales. Es un derecho de cualquiera de ellas, normalmente ejercitado por el adquirente, que es a quien más interesa, por cuya razón lo podemos considerar un derecho del mismo. Y para que ese derecho se haga efectivo, no basta con su voluntad. Es necesario que supere un procedimiento antes de obtener la inscripción del derecho a su favor, con todo lo que ello implica.

Ello es consecuencia no solamente de los efectos externos de la inscripción —esencialmente la protección mediante una *regla de propiedad* de la titularidad adquirida a través de un acto de tráfico y con sujeción al régimen registral— sino, también, de la naturaleza de los derechos de propiedad.

13.2.2. *La naturaleza jurídica de los derechos de propiedad*

En cuanto a la naturaleza de los derechos de propiedad, resulta oportuno recordar que (110) los derechos de propiedad —especialmente sobre inmuebles— no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier forma en la corriente de beneficios procedentes del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en régimen de monopolio, sólo es tolerable si tal monopolio se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan. Si no es así, existe el riesgo —gravísimo— de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad (111).

Por ello, el Estado, antes de comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un comportamiento *free-rider*.

Y eso, precisamente, justifica *la existencia del procedimiento registral y sus exigencias de unas garantías mínimas inderogables*: la necesidad de comprobar que la configuración del derecho adquirido, así como su mecanismo de adquisición, no violan norma imperativa alguna —que, precisamente por serlo, configura derechos a favor de los demás—, antes de conceder al adquirente un documento —la inscripción registral— del que deriva una intensa protección jurídico-obligacional y jurídico-real frente a las pretensiones de terceros y el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (arts. 1-3, 38 y 41 de la LH española).

(110) SJAASTAD, E., y BEOMLEY, E. D., «The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes». *Development Policy Review*, 18 (4): 365-89.

(111) DE SOTO, H., *El misterio del capital*, pág. 184, Ed. Península, Barcelona, 2001. La idea de la propiedad como consenso es esencial en el pensamiento de DE SOTO.

13.2.3. *La concurrencia de intereses divergentes*

En cuanto a los intereses concurrentes en *el procedimiento registral*, se pueden sintetizar del siguiente modo (112).

En primer lugar, el *interés del titular registral* —que, en las hipótesis normales coincidirá con el verdadero titular, porque el comportamiento racional impone asumir la carga de la inscripción como mejor medio de defender el derecho adquirido—, cuya tutela corresponde al Registro, lo que exige rechazar cualquier acto o negocio de transmisión —y, en general, de naturaleza real— referente a *su derecho*, si no media su consentimiento prestado directamente o a través de representante con facultades suficientes (113).

En segundo lugar, el *interés del adquirente* en inscribir su derecho, interés que se explica por la protección jurídico-obligacional y jurídico-real que la misma despliega a su favor. Este interés puede ser defendido ante el Registro por el propio adquirente, su abogado, o su notario que, a estos efectos es, además de su fedatario, su abogado ante el Registro (114).

En tercer lugar, el *interés de los terceros*, es decir, de todos los que no han formado parte del acto o negocio del cual deriva la adquisición, en que la misma no se haya realizado violando ninguna norma imperativa, que, por ser tal, establece derechos a su favor, que deben ser respetados en el proceso de configuración y adquisición del derecho. Estos terceros pueden ser personas físicas o jurídicas concretas cuya identificación resulta del propio procedimiento, o terceros genéricos. La defensa de los intereses de los terceros corresponde también al Registro, aunque con un grado diferente de intensidad. En efecto, en relación a los primeros, debe limitarse a notificarles y recabar su presencia en el procedimiento, a fin de que hagan valer sus derechos si lo consideran oportuno —este es el sentido de lo dispuesto por el art. 34 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones

(112) Durante los últimos tiempos ha surgido una importante producción bibliográfica sobre el procedimiento registral. Pueden verse, entre otros: BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La protección de los interesados en los procedimientos registrales*, Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Director), *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*. Dos tomos. Ed. Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. Con carácter más general, MENÉNDEZ REXACH, A.; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, CHINCHILLA PEINADO, J. A., *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

(113) A no ser que medie sentencia firme que le prive del derecho, obviamente (art. 82 LH), en cuyo caso no será necesario su consentimiento, sino el del nuevo titular proclamado por la sentencia. Este es el sentido de lo dispuesto por los artículos 20 —tracto sucesivo— y 17—prioridad— de la LH.

(114) Esta es la razón por la que esta figura, en algunos países, recibe el nombre de *solicitor*.

Públicas y Procedimiento Administrativo Común, plenamente aplicable al procedimiento registral (115)—. En relación a los segundos es, en palabras de Jerónimo GONZÁLEZ, el «fiscal que representa a los ausentes» (116).

Estos intereses no son coincidentes, sino divergentes y hasta antagónicos, especialmente los intereses del adquirente y de los terceros: el primero tiene interés en eludir las restricciones conductuales derivadas de las normas imperativas; los segundos en que no se sobrepasen los límites marcados por las mismas (117).

(115) Este precepto, de enorme trascendencia, es plenamente aplicable al procedimiento registral, un procedimiento de naturaleza administrativa, según opinión de la mayoría de la doctrina, dado lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 1 y 3 de la LRJAPPAC, precepto este que desarrolla lo dispuesto por el artículo 105.c) de la Constitución, a cuyo tenor: *«La ley regulará... c) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado»*. Y el artículo 34 de la LRJAPPAC regula cuándo procede la audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos, incluido, por tanto, el registral. De lo contrario, se podría alegar indefensión, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución.

(116) GONZÁLEZ, J., *Principios Hipotecarios*, pág. 274. Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931.

(117) Esta idea aparece perfectamente recogida en el preámbulo del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto: *«La razón de esta tensión entre la agilidad y la seguridad, que son los dos principios que han de presidir el tráfico inmobiliario y mercantil, obedece a la existencia de intereses distintos, incluso antagónicos, entre las partes que intervienen en los negocios jurídicos y los terceros que pueden verse afectados —y perjudicados— por ellos cuando a su través se crean, declaran, reconocen, modifican o extinguen derechos reales inmobiliarios que, por definición, afectan a toda la comunidad.*

El primero de ellos está representado por el de quienes directamente los otorgan. Confiados en el asesoramiento de que han sido objeto, ya sea por los servicios jurídicos que han contratado, ya por el notario, al que, de común acuerdo, han decidido encomendar esta función, su único interés se centra en obtener cuanto antes la protección jurídica que el Registro le confiere a través de las presunciones de legalidad, de legitimación y de fe pública registral, entre otras, que proporcionan los pronunciamientos registrales.

El segundo grupo de intereses potencialmente afectados por la realización de un negocio jurídico inmobiliario o mercantil es el de los denominados terceros, pues, a través de los asientos registrales, se impone a la comunidad entera un determinado statu quo jurídico-real inmobiliario. Por ello, bajo esta expresión se engloba con carácter general a toda la comunidad. Además, no en vano, el incumplimiento por las partes de una norma, ya sea una disposición legal o reglamentaria, ya una ordenanza municipal o cualquier otra de carácter vinculante, perjudica a todos y, con carácter específico, a los terceros, que son aquellas personas, muchas veces desconocidas e indeterminadas, que como acreedoras, titulares de derechos, inscritos o no, o de expectativas sobre ellos, están interesadas en la suerte de tales derechos. Si las partes consiguiesen eludir normas imperativas con éxito, obtendrían ventaja competitiva sobre el resto, lo que incrementaría los costes transaccionales y la ineficiencia del sistema económico».

13.2.4. *La insuficiencia del contrato como título como consecuencia de su eficacia relativa*

En cuanto a la insuficiencia del contrato por sí solo como título para garantizar a la parte que pretende comprar la adquisición del derecho que desea, tal y como lo desea, resulta obvia. El contrato no garantiza por sí solo que quien se presenta como dueño, alegando como única prueba de su derecho el hecho de aparecer en dicho contrato como adquirente, lo sea; el contrato, además, no produce efectos frente a terceros —en relación a ellos es *res inter alios acta*—, mientras que para ser dueño, o se ostenta un título —documento— esgrimible frente a todos o no se es dueño y, por tanto, no se es reconocido como tal por el mercado.

Sin Registro de derechos, las únicas alternativas posibles serían obtener una sentencia judicial firme en un procedimiento universal, o bien la adquisición por usucapión, cuyo reconocimiento también requiere una sentencia judicial firme. No parece que sean procedimientos compatibles con las exigencias del mercado, por lo que éste, en ausencia de tal tipo de registros, se provee su propia certidumbre —nunca seguridad— mediante procedimientos de mercado: usualmente seguros privados que indemnicen en caso de evicción y otras eventualidades.

13.2.5. *La proliferación de normas imperativas en relación a la propiedad inmobiliaria y el recurso progresivo al Registro de la Propiedad para garantizar su cumplimiento*

Por ello, el modelo organizativo de cualquier sistema registral y en tanta mayor medida cuantos más efectos externos produzca —por tanto, de un modo especial, en el caso del registro de derechos— exige la independencia del calificador con respecto a todas las partes implicadas (118), como garantía de su imparcialidad.

Su imparcialidad es necesaria, no tanto respecto de las partes que celebran el contrato privado y entre ellas, sino fundamentalmente, entre las mismas y los terceros, esto es, entre las partes del contrato y los terceros potencialmente afectados, en tanta mayor medida, además, cuanto mayor sea la proliferación de normas imperativas, sean o no intervencionistas, las cuales, precisamente por serlo, configuran derechos a favor de terceros, individualmente determinados, o terceros genéricos.

Y estamos asistiendo a una progresiva limitación de la propiedad privada por razones medioambientales y de ordenación del territorio, lo cual está

(118) ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, pág. 113.

ampliando la función calificadoradora del registro hasta aproximarlos a la de un *gatekeeper* (119).

En efecto, si bien, inicialmente, el Registro controlaba esencialmente la legalidad privada de las transacciones entre particulares —de la legalidad pública, únicamente la fiscal involucrada en la transacción concreta de que se tratara—, paulatinamente se le ha ido atribuyendo la función de controlar la legalidad pública implicada en todo tipo de operaciones susceptibles de inscripción.

Como observa ARRUÑADA, los gobiernos suelen considerar útil emplear unos registros eficaces como filtro o *gatekeeper* que asegure el cumplimiento de todo tipo de obligaciones públicas. En efecto, resulta tentador para los gobiernos exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales, aunque sean menores, antes de otorgar reconocimiento y protección a un derecho, otorgándoles así, implícitamente, un *status* real (120). De este modo, además, el Estado se asegura el cumplimiento de las normas, sin necesidad de crear agencia alguna, ni incurrir en gastos complementarios de *enforcement* de las mismas. Ciertamente, la utilización del Registro por el Estado como *gatekeeper* presenta ventajas —posibilidad de incrementar la tasa social de beneficio mediante una estructuración más ajustada de los derechos de propiedad— e inconvenientes —utilización intervencionista del Registro—, en cuya consideración no procede entrar ahora por quedar al margen del objeto de este trabajo (121).

En todo caso, por estas razones, el calificador ha de ser un órgano del Estado, independiente como garantía de su imparcialidad y, sólo puede adoptar la decisión tras un procedimiento que ofrezca las garantías mínimas necesarias reclamadas por la protección de los diferentes intereses en juego.

El desarrollo de la economía de mercado exige que el Derecho suministre soluciones que fundamenten la confianza, suministrando al adquirente la se-

(119) Fue KRAAKMAN, R. H. quien construyó la figura del *gatekeeper* en «Gatekeeper's: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy», en *J. L. Econ. & Org.*, 2 (1986). Posteriormente, PAZ-ARES, C., y ARRUÑADA, B., han recurrido a esta figura para intentar explicar el limitado papel del notario como productor de organización pública en nuestro sistema, en sus respectivos trabajos sobre análisis económico del Notariado. Posteriormente utilicé esta figura para explicar la función registral a la que, en mi opinión, se adapta mucho mejor. Ciertamente, el registro, a diferencia del *gatekeeper*, no es una parte privada, sino una institución pública, pero el hecho de que la inscripción sea, ordinariamente, voluntaria, permite aproximar ambas figuras. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Los sistemas registrales como reductores de costes de información y de conservación*, Comunicación presentada en la reunión del WPLA de la ONU, celebrada en Madrid en septiembre de 2000. Asimismo, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función calificadoradora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho», en *La calificación registral*, T. I, Ed. GÓMEZ GALLIGO, F. J., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

(120) ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 139.

(121) Para un desarrollo de esta idea en relación al Registro español, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 698, pág. 2315 y sigs.

guridad que necesita y con la agilidad que reclama: el adquirente necesita saber quién es el dueño, si puede transmitir, cuáles son las cargas preferentes. Idealmente necesitaría saberlo con la seguridad que proporciona una sentencia firme, con efectos *erga omnes* y obtenida en un plazo y con un coste compatible con las exigencias del mercado. Pero las garantías mínimas exigidas por el procedimiento necesario para obtener una sentencia de estas características hace inviable esta solución. Se hace necesario, pues, buscar una solución institucional que proporcione el nivel de seguridad más próximo posible a una sentencia firme con el coste explícito —dinero— e implícito —tiempo— compatible con las exigencias del mercado, suministrando al propio mercado la solución de compromiso entre ambas exigencias que éste considere óptima: a ese problema es al que responde el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos o registro de tráfico.

La solución de compromiso, por las razones expuestas, no puede incluir la supresión de la independencia del calificador y la atribución de su poder a uno de los intereses en juego, mediante la concesión al mismo de un monopolio de elección.

13.2.6. *La naturaleza imperativa —y, en última instancia, coactiva— de las resoluciones registrales*

Me he referido anteriormente a las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos como el español. En virtud de las mismas, la inscripción —y, por lo tanto, el derecho tal y como consta en la misma— se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1.3 LH) e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho inscrito frente a cualquiera que lo perturbe (art. 41 LH).

Un Registro de derechos significa la creación por parte del Estado de un sistema de seguridad jurídica de las titularidades de derechos reales sobre bienes inmuebles lo que permite simplificar su transmisión. Los derechos de propiedad implican exclusividad y, por tanto, exclusión de los demás. El Estado, titular del monopolio del uso legítimo de la violencia, antes de comprometerse en la defensa de una titularidad, debe asegurarse de que se ha respetado escrupulosamente la ley, es decir, los derechos de todos los demás, porque, a partir del momento en el que reconozca la nueva titularidad mediante el Registro, la misma se impondrá a todos ellos, mientras la inscripción no sea revocada por una resolución judicial firme.

Es necesario recordar que una de las razones fundamentales para el nacimiento del Estado estriba en la liberación de economías de escala en los necesarios servicios de protección de la propiedad: la defensa individual queda sustituida por la defensa proporcionada por el Estado, el cual sanciona las reglas y vela por su cumplimiento.

Ello significa que el Estado está al servicio del cumplimiento de las reglas que rigen la propiedad, lo que exige su actuación conforme a las mismas, y, en consecuencia, su independencia en relación a los intereses en conflicto. El Estado se justifica en tanto que *tercero imparcial*, es decir, en tanto que independiente de los intereses de parte en la aplicación de las reglas.

13.3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVARÍAN DE TAL ATRIBUCIÓN: LA REGRESIÓN DEL SISTEMA

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, es fácil predecir lo que sucedería si se permitiese que quien tuviese que decidir, en nombre del Estado, sobre el reconocimiento y protección de un derecho de propiedad inmueble, pudiese ser elegido y retribuido por uno de los intereses en juego, concretamente por quien pretende la adjudicación del derecho a su favor, con exclusión de todos los demás, precisamente aquellos frente a quienes, en su momento, el adjudicatario hará valer su derecho.

En ese contexto, la libertad de elección otorgada solamente a *uno* de los intereses en juego significaría, sencillamente, la atribución al mismo de un *monopolio de elección* y, en consecuencia, la *sobreprotección* de ese interés y la *desprotección* de los demás. En tales circunstancias, se incentivarían los comportamientos oportunistas por parte de los operadores elegidos, pues las pérdidas derivadas no las sufrirían sus clientes sino los terceros. Considérese, por un momento, lo insensato que sería conceder al representante elegido por un acreedor la competencia para ser él quien pudiese decidir sobre la prioridad de la hipoteca de su cliente en relación a otras muchas que pesasen sobre el mismo inmueble.

En tal situación, si el Registro fuese de derechos o de tráfico, los terceros no solamente estarían desprotegidos, sino menos protegidos que si se suprimiese tal Registro, pues el efecto fe pública registral —o, si se prefiere, la incorporación registral— opera también en caso de *error*, si bien en este caso a costa de la vulneración —más o menos directa, más o menos encubierta— de normas imperativas, las cuales, precisamente por serlo, establecen derechos en favor de tercero, e, incluso, en el límite de expropiar al dueño de su derecho.

Los terceros estarían, pues, mucho más seguros si uno de los intereses en juego no tuviese la posibilidad de utilizar en beneficio propio un instrumento de eficacia potencialmente expropiatoria, pero dado que la libertad de elección le daría esa posibilidad sólo a uno, la única defensa posible de los demás frente a los riesgos de uso oportunista sería que el instrumento fuera lo más débil posible, e incluso, idealmente, inocuo, es decir, que no produjera efecto

alguno, tampoco de prioridad ni de oponibilidad. En esencia, que no existiera Registro o, de existir, no produjera efecto jurídico alguno. Sin embargo, a quien tiene el poder *exclusivo* de elegir, le interesa exactamente lo contrario: que el Registro tenga los mayores efectos externos posibles.

«En realidad, si se quiere ser coherente y se desea admitir la libre elección de calificador habría que exigir que participasen en la elección del mismo todos los afectados por su decisión, es decir, *todos*, pues la inscripción se caracteriza porque protege *erga omnes* la titularidad adquirida mediante una regla de propiedad.

La libre elección de calificador no deja más alternativa que la de *extender* el *poder de elección* a todos los afectados por la decisión registral —por la inscripción— a todos los ciudadanos del país, o a algunos menos, pues solamente se reconocería derecho de elección a los mayores de edad. Ello equivaldría a organizar un sistema de elección universal y a ponerlo en práctica cada vez que se solicitase una inscripción. De este modo se neutralizaría la posibilidad de que quien pretendiese la adjudicación del derecho utilizase su poder —antes exclusivo— de elección de manera oportunista. Mediante la extensión del poder de elección a todos los afectados, los terceros siempre serían mayoría».

Si reflexionamos un momento, esto es exactamente lo que sucede, si bien de una forma indirecta. Las partes y los terceros —todos ciudadanos— eligen a sus gobernantes, los cuales, en nombre de todos, organizan los registros de modo que el calificador no pueda ser influido por ninguno de los intereses en juego, para lo cual recurren a sistemas que garanticen la independencia del calificador —exclusividad territorial—, imprescindible para su actuación imparcial.

«La atribución de un poder de elección a uno solo de los intereses en juego —a las partes o a una de ellas— es, en realidad, un ardid para poder burlar los derechos de la mayoría en algo, además, tan esencial y de un consenso tan delicado como el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, los cuales son recursos especialmente escasos y extremadamente valiosos».

Son precisamente los que desean evitar el control de los terceros —de la comunidad— sobre el proceso adquisitivo los que reclaman que el calificador sea elegible y se les atribuya a ellos el monopolio de elección, lo que equivaldría a la privatización de la función calificadora, pero reclamando al mismo tiempo e incurriendo con ello en notable paradoja que los efectos de la función no se privaticen (es decir, que la seguridad derivada no sea sólo económica en lugar de jurídica) sino que sigan siendo públicos (es decir, que la seguridad derivada siga siendo jurídica, la cual conlleva, además, la económica) y lo más intensos posibles frente a los terceros; al propio tiempo se oponen a que los demás afectados por la decisión del calificador puedan participar en su elección.

«En realidad, cuando se reclaman facultades calificadoras para los notarios, es decir, cuando se pretende que sean los notarios quienes tengan la autoridad para decidir si se autoriza o no la inscripción solicitada —supuesto esencialmente idéntico al de “libre” elección de Registrador—, lo que se pretende, en realidad, no es que califiquen los notarios sino que *no puedan calificar los registradores*. En otros términos, se pretende atribuir la función a quien no ha sido concebido para ejercerla ni se halla en condiciones de ejercerla debido a su sumisión a las relaciones de clientela para impedir que pueda ejercerla quien ha sido concebido para ello y se halla en condiciones de hacerlo debido a su posición de independiencia en relación a los intereses de parte; se trata, en definitiva, de una coartada para garantizar a los intereses de parte —especialmente de los agentes económicos más poderosos— que el camino hacia la protección registral ha quedado franco y a su plena disposición, con absoluto olvido de los intereses de todos los demás, que somos todos, nada menos».

Para ilustrar cuanto expongo, resulta pedagógico el siguiente pasaje escrito por un significado notario:

«En este caso, el quehacer del notario aislado se ha de limitar necesariamente a la “lectura explicativa” de la escritura redactada con arreglo a minuta, ya que ello constituye el único resquicio a través del que puede penetrar y desarrollarse la función notarial, entendida en su amplia concepción tradicional. Pues, en todos aquellos numerosísimos supuestos en los que las escrituras se redactan con arreglo a minutas “impuestas” por una de las partes —generalmente un gran agente financiero— tratándose como se trata de auténticos contratos de adhesión (en ocasiones redactados de forma deliberadamente “kafkiana”), lo único que puede hacer el Notario, para ser fiel a su condición de tal, es hacer explícito y diáfano al contratante débil el contenido del contrato que se dispone a firmar. Parece tarea modesta, y efectivamente, lo es; pero no de escasa trascendencia, si el Notario la desarrolla con la pulcritud que exigen al mismo tiempo su obligación y su propio sentido de autoestima, que lo libere de la condición de paniaguado de un cliente poderoso» (121bis).

Si se atribuyeran facultades calificadoras a los notarios —o se disminuyesen o suprimiesen las facultades calificadoras de los registradores, supuestos esencialmente idénticos—, en lugar de «minutas impuestas por las partes —generalmente un agente financiero—», habría que hablar de «*calificaciones*

(121bis) Véase LÓPEZ BURNIOL, J. J., «Entre el servicio y el control: contribución de la fe pública a la ordenación del mercado», en *Iuris. Quaderns de política jurídica*, núm. 1, pág. 142, Barcelona, 1994. En este mismo sentido, E. CREHUET explica cómo un asesor jurídico de una importante entidad financiera le comunica que las relaciones entre dicha entidad —y, por extensión, de todas las demás— y los notarios no son ya profesionales sino comerciales. Véase BERNÁ, J. y CREHUET, E., *A l'infern de dons en dos*, pág. 43. Pagès editors, Lleida, 2001. Imaginemos ahora lo que significaría que calificación e inscripción quedasen sometidas a la lógica de las «relaciones comerciales».

impuestas», es decir, de «*inscripciones impuestas*» y, por tanto, de «*adjudicaciones de derechos impuestas*» por una de las partes frente a todos los demás, con lo que el asunto adquiriría tintes realmente tenebrosos.

Es difícil resistirse, además, a señalar la sorprendente paradoja que con ello se produciría: la intervención notarial, *la intervención del notario elegido por las partes* o, más bien, por una de ellas, *produciría mayores efectos en relación a terceros que en relación a las propias partes*. En efecto, la escritura se limita a documentar un contrato, por lo que no puede ir más allá, entre partes, de allí a donde llega el contrato y un contrato no puede convertir en dueño a quien no lo es porque lo veda, como es inevitable, el principio de eficacia relativa del contrato. Pero si el notario califica y decide si se practica o no la inscripción —a salvo problemas de prioridad y tracto—, entonces su intervención sí puede convertir en dueño al adquirente como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción, las cuales operan únicamente en las relaciones *inter tertios*. La intervención notarial, por tanto, estaría dotada de la enigmática característica de ser capaz de producir *inter tertios* lo que no es capaz de producir *inter partes*. En este escenario los incentivos reales de las partes —especialmente de las más poderosas— para instar la intervención notarial serían los de imponer su particular composición de intereses sobre bienes y derechos escasos y valiosos a los terceros, es decir, a todos los demás, a través de la inscripción».

«De consumarse esta pretensión, el interés público se vería gravemente perjudicado pues, por las razones expuestas, los terceros no podrían percibir el sistema registral como un instrumento protector de sus derechos sino como una grave amenaza —de eficacia potencialmente expropiatoria— para los mismos, tal y como, en efecto, sucedería, por lo que sería preciso regresar desde el sistema registral de derechos —Derecho de la seguridad del tráfico— al de documentos —Derecho común complementado con la publicidad de los documentos contractuales—, es decir, sería preciso regresar a aquel sistema ante cuyas deficiencias para la organización de una economía de mercado fue preciso articular el Registro de derechos, para cuyo establecimiento fue preciso sobreponerse a los intereses que lo impedían —entre otros, los de los escribanos—, los cuales, sin embargo, al cabo del tiempo, habrían acabado imponiéndose ante la debilidad del Estado».

El interés del Estado se vería gravemente perjudicado, pues al carecer de un Registro que acreditase, al menos frente a terceros, la titularidad y cargas de la propiedad inmueble, debería contratar y pagar los servicios de compañías privadas para que facilitasen —sin seguridad— tales extremos.

El nuevo sistema registral —en realidad, tan viejo que era el propio del antiguo régimen, de haberlo, pues tampoco la prioridad y la oponibilidad podría quedar al albur de la elección— no podría prestar las funciones de contribuir preventivamente a garantizar la efectividad de las resoluciones

dictadas en procedimientos administrativos —especialmente económico-administrativos ni urbanísticos—, civiles y penales, pues al carecer del efecto fe pública, no se podría recurrir a la técnica de las anotaciones preventivas.

Es éste un asunto muy serio sobre el que pocas veces se reflexiona. El Registro de derechos no solamente es un formidable instrumento de evitación de conflictos, sino, además, un eficaz instrumento para garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas, mediante la técnica de las anotaciones preventivas, no utilizable en ningún otro sistema.

El interés de los particulares saldría también gravemente perjudicado, pues el nuevo sistema no podría ofrecerles seguridad jurídica —únicamente conseguible mediante el efecto fe pública de los asientos registrales— sino tan sólo seguridad económica. Obsérvese que la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, pero la igualdad en sentido contrario, por la que el aseguramiento económico incorpora seguridad jurídica, es imposible por definición, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien. Todo ello, además, a un coste superior al requerido por un sistema registral de derechos, lo que dificulta la extensión del sistema de derechos de propiedad en relación a los bienes menos valiosos, y en relación a los ciudadanos con menos recursos. Un sistema registral menos eficiente es un freno a la extensión del sistema de derechos de propiedad, y, por tanto, a la extensión de la economía de mercado.

13.4. RAZONES POR LAS CUALES LA ATRIBUCIÓN DE UN *MONOPOLIO DE ELECCIÓN* DE REGISTRADOR AL INTERESADO EN CONSEGUIR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO A SU FAVOR PRODUCIRÍA TAN GRAVES CONSECUENCIAS

La razón de que la atribución de tal monopolio, presentado *ad extra* como libertad de elección del calificador, produzca efectos tan definitivos es la siguiente.

En general, la libertad de elección en el *mercado* de servicios es altamente deseable porque sitúa al cliente en posición de controlar el valor y la calidad de lo que adquiere, y, por tanto, de presionar a los proveedores para reducir precios y costes y, como consecuencia, sólo sobreviven los más eficientes, al menos idealmente. La libertad de elección es, pues, un factor de eficiencia del mercado de servicios porque es un instrumento de asignación eficiente de recursos.

Ahora bien, para que este mecanismo funcione, es preciso que haya una *identidad*, no sólo física, sino también de *intereses*, entre quien elige al proveedor —en este caso registrador— del servicio —consistente, en este caso, en la adjudicación de derechos exclusivos sobre bienes escasos y valiosos— y el beneficiario y, en general, el afectado por la actuación —registral en este

caso— del proveedor del servicio, identidad que no se da *nunca* en el servicio registral, cuya característica esencial consiste en que las decisiones registrales producen siempre efectos externos decisivos, es decir, sobre terceros, en un contexto en el que los intereses de quien ha elegido al proveedor —es decir, registrador en nuestro caso—, y los de los terceros afectados son siempre y por definición antagónicos, dado el carácter exclusivo de los derechos que se pretenden y el carácter escaso y valioso de los bienes sobre los que recaen —lo cual justifica, precisamente, su explotación mediante la adjudicación de derechos exclusivos—.

La libertad de elección protege a quien puede elegir, pero no a quien no puede elegir. Y si quien puede elegir tiene un interés opuesto a quien no puede elegir, utilizará su poder de elección en beneficio propio y en perjuicio de quien no tiene ese poder y cuyos intereses son opuestos a los suyos. El modelo conductual dominado por el autointerés se impone.

14. LAS RAZONES POR LAS CUALES SE HA PLANTEADO LA CONVENIENCIA BIEN DE ATRIBUIR LA FUNCIÓN CALIFICADORA A LOS NOTARIOS, BIEN DE PODER ELEGIR LIBREMENTE AL CALIFICADOR, BIEN DE RESTRINGIR EL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN, OPCIONES TODAS ELLAS SUSTANCIALMENTE SIMILARES

Se impone, por último, realizar una breve reflexión sobre las razones por las cuales se han considerado —y aún se consideran, si bien ya con menos convicción— todas estas opciones.

Me referiré especialmente a algunas de estas razones, tales como el contexto internacional durante el proceso de transición de las antiguas economías de planificación central hacia economías de mercado, el proceso de construcción del Estado en economías emergentes, la mala inteligencia —entonces y aún ahora— de la función de las instituciones en la economía de mercado, a la que se consideraba como una interacción entre la oferta y la demanda de bienes y servicios con un olvido completo de las instituciones necesarias para que dicha interacción pudiera tener lugar, por cuya razón se dio preferencia al proceso privatizador sobre el de construcción del Estado de Derecho y a la denominada crisis del Notariado.

14.1. EL CONTEXTO: LA PREFERENCIA DEL PROCESO PRIVATIZADOR SOBRE EL DE CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL EN LOS PAÍSES CON ECONOMÍAS EMERGENTES Y EN TRANSICIÓN Y LA FALTA DE CONOCIMIENTO SUFICIENTE SOBRE IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

Con independencia de que estas propuestas hayan sido impulsadas por ciertos grupos profesionales, lo cierto es que se han producido en un contexto determinado, sin el cual difícilmente podrían haber sido consideradas.

Tal contexto es el conformado por el denominado *consenso de Washington* (122) y por el desconocimiento de la función de las instituciones en el sistema económico, singularmente la de alguna de ellas, como el Registro de la Propiedad, especialmente en aquellos países que disfrutaban del mismo desde antiguo, y, acostumbrados a sus beneficios —que consideran un hecho de la naturaleza— se olvidan de las exigencias necesarias para que tales servicios sean posibles.

Como escribió OLSON, la economía neoclásica es como un taburete que se asienta sobre dos patas: la oferta y la demanda. La tercera pata, imprescindible para el equilibrio, ha permanecido oculta durante mucho tiempo a los ojos de los economistas, y ésta no es otra que el sistema institucional sobre el que descansa la economía de mercado y que es el que permite que la interacción humana sea un juego de suma positiva. Tal entramado institucional requiere un sistema legal y un orden político capaces de imponer el cumplimiento de los contratos y de proteger los derechos de propiedad. Si, en tales circunstancias, los derechos de propiedad están eficazmente estructurados, es decir, si incentivan adecuadamente la acción humana, se producirá crecimiento económico, como han demostrado NORTH y THOMAS, y he expuesto a lo largo de estas páginas.

Según OLSON (123), la razón por la cual la economía neoclásica no prestó atención a la importancia de las instituciones estriba en que el pensamiento económico se desarrolló en países que habían alcanzado un cierto grado de madurez institucional y, en consecuencia, las instituciones existentes —tales como la propiedad privada y su protección por el Estado— constituían *prius* del que partía la nueva ciencia.

(122) El denominado *consenso de Washington* hace referencia a un conjunto de políticas económicas formuladas por J. WILLIAMSON en un documento de trabajo en 1989 —*What Washington Means by Policy Reform*— elaborado para una conferencia organizada por el Institute for Institutional Economics. Originalmente, ese paquete de medidas económicas estaba concedido para los países de América Latina, pero con los años se convirtió en un programa general. Se refería a: 1) Disciplina fiscal; 2) Reordenación de las prioridades del gasto público; 3) Reforma impositiva; 4) Liberalización de las tasas de interés; 5) Una tasa de cambio competitivo; 6) Liberalización del comercio internacional; 7) Liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas; 8) Privatización; 9) Desregulación; 10) Derechos de propiedad.

(123) OLSON, M., *op. cit.*, págs. 201-202.

Paradójicamente, la tarea de construcción del Estado en las economías en transición y en las economías emergentes ha permitido a los occidentales redescubrir la *función* de su *ingeniería institucional*, a saber, la *creación de capital*, mediante la protección de los derechos de propiedad y la imposición de una simetría informativa funcional entre los contratantes, de modo que resulte fácil intercambiar los *derechos* sobre los bienes y, de este modo, pueda funcionar el mecanismo básico de reasignación constante de los recursos hacia sus lugares de uso más eficientes y, así, crear riqueza. Este redescubrimiento permite hacer un ejercicio de *ingeniería inversa* (124) y, median-

(124) Esta expresión ha hecho fortuna en el ámbito de la psicología evolutiva, basada en las ideas darwinistas y que ha alcanzado notables éxitos en la explicación de la conducta humana o del funcionamiento de la mente. Vid., por todos, PINKER, Steven, *Cómo funciona la mente*, págs. 39, 40, 66. Ed. Destino, 2000, Barcelona.

Esta idea también es básica en el ámbito de la economía institucional. Como señala S. PINKER en *op. cit.* Fue DARWIN quien dio la justificación lógica de la ingeniería inversa, al señalar, en su conocida obra cómo los «órganos de una perfección y complejidad extremas, que justamente exaltan nuestra admiración» surgen no de la previsión divina sino de la evolución de replicantes durante un periodo de tiempo inmenso. Señala también el ejemplo de W. HARVEY quien en el siglo XVII descubrió que las venas tenían válvulas, y de ello dedujo que las válvulas debían estar allí para permitir la circulación de la sangre. Desde entonces hemos avanzado en la comprensión del cuerpo como una máquina maravillosamente compleja... ¿Por qué tenemos, por ejemplo, orejas asimétricas y llenas de pliegues cartilaginosos? Para filtrar las ondas del sonido que provienen de direcciones diferentes y de modos también distintos. Los matices de la zona de sombra del sonido permiten al cerebro saber si la fuente emisora se halla arriba o abajo, delante o detrás de nosotros. Es la estrategia de la *ingeniería inversa* la que nos permite alcanzar esta comprensión.

De hecho es lo que hacen los científicos industriales de la Sony cuando la Panasonic anuncia el lanzamiento de un nuevo producto, o viceversa. Compran uno, lo llevan al laboratorio, lo desmontan e intentan averiguar cuál es la finalidad que cumplen todas las piezas y de qué modo se combinan para hacer que el aparato funcione.

Es, además, el procedimiento que nosotros cuando nos encontramos ante un nuevo artilugio. Al rebuscar en un viejo almacén, por ejemplo, damos con un ingenio que resulta impenetrable hasta que averiguamos para qué fue diseñado. Cuando caemos en la cuenta de que se trata de, v.gr.: un deshuesador de aceitunas, de pronto comprendemos que el anillo de metal está diseñado para ceñir la aceituna y que la palanca baja una cuchilla en forma de x por un extremo, de modo que el hueso salga por el otro. Las formas y la disposición de los resortes y de los muelles, bisagras, charnelas, hojas y cuchillas, palancas y anillos cobran sentido cuando se comprende la función y entonces llegamos a comprender, además, por qué las aceitunas envasadas tienen una incisión en forma de x en uno de sus extremos. Vid. S. PINKER, *op. cit.*

Es también la estrategia característica de la economía institucional que exige entender previamente la racionalidad subyacente —función— de las instituciones —y de cada una de sus partes— antes de proponer reformas. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que no se sepa valorar adecuadamente una determinada institución y de que los *resultados* de las reformas sean muy distintos de los *deseados*. Este es el sentido de un refrán español, según el cual «el camino del infierno se halla empedrado de buenas intenciones». Aunque solamente, claro está, cuando hay buenas intenciones, pues también puede suceder algo muy distinto, que el desconocimiento de la función que cumple una determinada institución —y, por tanto, qué costes alternativos y superiores ahorra— sea utilizado por deter-

te él, reconstruir los planos de dicha ingeniería institucional, planos que, según DE SOTO (125), Occidente había perdido; permite, asimismo, redescubrir la importancia de las instituciones en general y el carácter esencial de muchas de ellas, ser conscientes de las dificultades de su implantación, y de las dificultades no sólo para su desarrollo, sino, a veces, para su conservación, dados los poderosos intereses en juego, como he expuesto.

Este redescubrimiento se ha producido, a veces, justo a tiempo para evitar la destrucción de algunas de estas instituciones esenciales, a manos de quienes, exhibiendo el señuelo de la libre competencia, no buscan sino impedir que el Estado tenga los instrumentos necesarios para imponerla. Si no hubiéramos olvidado a SMITH, no habríamos cometido estos errores. SMITH ya advirtió que lo último que quiere un empresario es competencia y, mucho menos, libre. Lo que busca el empresario es su beneficio. Es el Estado el que está interesado en la competencia, a fin de que la búsqueda incesante de ganancias por los diferentes agentes económicos produzca la mayor rentabilidad social posible. Y son los agentes económicos los que están interesados en capturar el poder del Estado en su propio beneficio y en perjuicio de sus competidores.

Tras la caída del muro de Berlín, en los antiguos países de la Europa del Este se inició un doble proceso en paralelo: en el ámbito político, la transición desde sistemas totalitarios hacia sistemas democráticos, y, en el ámbito económico, la transición desde sistemas de economía planificada y propietario único hacia economías de mercado y multiplicidad de propietarios no solamente de bienes de consumo sino también de bienes de producción.

Este proceso puso de manifiesto que el mercado no es un fenómeno espontáneo sino una sofisticada creación humana que requiere una infraestructura institucional compleja y eficaz para poder existir, asignar eficientemente los recursos y generar rentabilidad social. En otras palabras, sin las instituciones adecuadas no puede haber mercados eficientes. Sin un Estado que defina y reconozca la propiedad privada, la libertad contractual, o que obligue a cumplir lo pactado, no hay mercado (126). Como ha afirmado FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, puede haber Estado sin mercado, pero no mercado sin Estado. Sin Estado no hay economía de mercado, sino *economía de mafias* (127).

En efecto, muchos creyeron que, para que se produjera el crecimiento económico y el bienestar, bastaba con que el Estado se retirara, y, ese hecho, por sí solo, haría que la iniciativa individual, conducida por la mano invisible,

minados grupos de interés para, en connivencia o no con el poder político, proponer reformas que fueren un coste social mayor y de ese modo poder obtener mayores beneficios privados. Vid. v.gr.: POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, pág. 502 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1998.

(125) DE SOTO, H., *op. cit.*, págs. 18-19.

(126) FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La competencia*, Alianza Editorial.

(127) *Ibidem*, pág. 29.

alumbrase el maná de la prosperidad. Esta actitud condujo a lo que cualquier conocedor de las razones de la existencia del Estado podía predecir: la retirada del Estado hace que reaparezca el *estado de naturaleza*, a que en lugar de competencia y mercado, reaparezca la lucha depredatoria —*homo homini lupus*— por apropiarse de los esfuerzos del trabajo ajeno (128).

Como sostiene FUKUJAMA (129), a pesar de que muchos de los defensores del denominado consenso de Washington no dudan en afirmar *ahora* que habían comprendido *entonces* la importancia de las instituciones, el marco legal y el orden correcto de aplicación de las reformas, la cuestión es que desde finales de los ochenta hasta principios de los noventa —y, en realidad, mucho más allá— las cuestiones referentes a la capacidad del Estado y a la construcción del mismo brillaron por su ausencia del debate político. Hubo muy pocas advertencias desde Washington acerca de los peligros que suponía impulsar la liberalización —y, en ocasiones, la privatización sin liberalización— sin las instituciones adecuadas.

Al analizar con perspectiva dicho consenso puede afirmarse que no había ningún error conceptual en el mismo. Ciertamente, los sectores estatales de los países en desarrollo constituían, en multitud de casos, un obstáculo para el crecimiento y, ante eso, la solución a largo plazo pasaba por la liberalización económica.

El problema residía más bien, como observa FUKUJAMA (130), en que, a pesar de que los estados requerían recortes en ciertas áreas, necesitaban ser, simultáneamente, fortalecidos en otras, cosa que, en teoría, los economistas que impulsaron la reforma económica entendían a la perfección. Sin embargo, durante este periodo, el énfasis recayó, de forma contundente, sobre la reducción de la actividad estatal, lo que podría confundirse o malinterpretarse deliberadamente como una tentativa de disminuir la capacidad estatal a todos los niveles.

A pesar de que el programa de construcción del Estado revestía, como mínimo, la misma importancia que el de reducción del Estado, el peso y la relevancia que se le atribuyeron fueron muy inferiores. Como consecuencia, en muchos países, la liberalización económica —en realidad, privatización— produjo unos resultados muy diferentes a los esperados, hasta el punto de que, en algunos de ellos, de hecho, la ausencia de un marco institucional adecuado

(128) Esta lucha expropiatoria derrocha recursos de forma directa e indirecta. Directamente porque requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. Indirectamente, porque al darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización. Véase HIRSCHLEIFER, J., «The Dark Side of the Force», *Economic Inquiry*, 32 (enero), 1-10-94.

(129) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, pág. 36.

(130) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, págs. 20-21.

dio lugar, tras la liberalización, a una situación más grave que la que se habría producido sin la reforma.

El problema residió en un error básico consistente en no distinguir entre *fuerza* y *alcance* del Estado. Así, durante el proceso de reducción del alcance estatal, muchos países disminuyeron también la fuerza del Estado y, además, excluyeron del Estado funciones básicas que son las que justifican la existencia del propio Estado y son imprescindibles para que los mercados puedan funcionar.

A ello, sin duda, se refería M. FRIEDMAN cuando en una entrevista en 2001, afirmaba que, diez años antes, él habría aconsejado tres cosas a los países que vivían una transición hacia el socialismo: «*Privatizar, privatizar y privatizar*», «*pero me equivoqué*», añadió, «*seguramente el Estado de Derecho sea más importante que la privatización*» (131).

Ciertamente, el punto diez del consenso de Washington se refería a los derechos de propiedad que debían estar reconocidos, y ser, además, claros y seguros, lo que dio lugar a que se desarrollaran multitud de programas al respecto. En relación a los derechos de propiedad sobre la tierra, al menos en teoría, se distinguía claramente entre Catastro y Registro, y dentro de éste, entre Registro de documentos y Registro de títulos —posteriormente denominados de derechos—, recomendándose claramente este último modelo y sin cuestionar, en ningún momento, que ésta era una función del Estado (132).

Los programas llevados a cabo se han saldado, sin embargo, con resultados ambiguos, cuando no con claros fracasos, debido a la presión de los *lobbies*, nacionales e internacionales, al alto grado de corrupción reinante y a la mala inteligencia de la función del Registro. Así, la presión de notarios, *solicitors*, agrimensores, tasadores, catastros físicos, etc., ha dado como resultado que el camino para conseguir la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad se haya convertido en algo muy lento e innecesariamente

(131) Entrevista realizada por GWARTNEY y LAWSON, 2002. Citada por FUKUJAMA, F. en *op. cit.*, pág. 38.

(132) Así, por ejemplo, el Banco Mundial, en su Informe de 1996 «*From Plan To Market, World Development Report*», al explicar las razones por las que el Banco Mundial respalda financieramente diversos proyectos para la implantación y modernización de sistemas registrales, afirmaba taxativamente:

«*Todas las economías de mercado cuentan con un sistema formal para registrar la propiedad y los bienes, con el fin de asegurar la titularidad de la propiedad, las inversiones y otros derechos públicos y privados sobre los bienes inmuebles. Un sistema que permita registrar la titularidad de la propiedad y de los bienes inmuebles... y otros datos relacionados con la propiedad es una herramienta esencial para el funcionamiento adecuado de una economía de mercado*». Y más adelante: «*Un Registro de la Propiedad resulta fundamental y esencial para el desarrollo de una economía de mercado que funcione. Mejora la seguridad de la titularidad y de la tenencia, disminuye los costes de las transferencias de bienes y proporciona un mecanismo de bajo coste para resolver las eventuales disputas sobre los bienes*».

costoso, pleno de requisitos obligatoriamente impuestos en único beneficio, en muchos casos, de los *lobbies*, lo que, finalmente, acaba deteriorando la imagen del Registro y puede acabar cuestionando la utilidad económica y social del propio modelo registral elegido.

14.2. LA MALA INTELIGENCIA DE LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL PROCESO DE ADELGAZAMIENTO DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

A ello ha contribuido, como he reiterado, la mala inteligencia de la función del Registro de la Propiedad, al que no acaba de concebirse como un instrumento para facilitar la protección de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, así como de sus titularidades, y de este modo estimular el comercio inmobiliario y la aptitud de los mismos como activos económicos —*secure transaction system*—, sino como parte de un sistema de administración del territorio —*land administration system*— y como instrumento para la obtención de ingresos fiscales.

La concepción del Registro como instrumento de poder al servicio de la Administración, en lugar de como un servicio esencial del Estado para que el mercado pueda funcionar eficientemente y, por tanto, la subordinación de las necesidades del mercado para que haya crecimiento económico, a las urgencias fiscales del Estado y, en general, a la sed de poder de los gobernantes, constituyen así el factor crítico para la organización eficiente de los mercados inmobiliarios e hipotecario de buen número de países.

Merece la pena, por ello, traer a colación el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, la más famosa y reputada Exposición de Motivos de un texto legal español, no en vano conocida por el nombre de *luminosa*:

«...Sin negar que los Registros de la Propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la Administración en las árduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo acesorio».

Por otra parte, el fenómeno conocido como *globalización*, propiciado por el desarrollo sin precedentes de las nuevas tecnologías de la comunicación

—singularmente *internet*— y por la libertad del capital financiero para moverse por la mayor parte del planeta, ha dado lugar a una fuerte competencia entre estados para atraer dicho capital, lo que dio lugar a un proceso de reformas dirigidas esencialmente al *adelgazamiento* del Estado, proceso en el que se cometieron errores parecidos.

Ciertamente era necesario recortar la actividad estatal en ciertas áreas, pero, al tiempo, había que incrementar, en lugar de debilitar, la actividad del Estado en aquellas otras áreas esenciales para que la economía de mercado pudiese rendir los frutos deseados: derechos de propiedad, cumplimiento de los contratos, etc. En este nuevo contexto, el auténtico capital con el que cuenta un Estado es la confianza que suscite para atraer inversiones, lo cual depende de diferentes factores, entre otros, de que se garanticen la igualdad de trato para todos, que los derechos se respetan y los contratos se cumplen. De ahí, también, la importancia de las instituciones.

Este proceso de adelgazamiento del Estado para pasar al sector privado ciertas actividades que no debe desempeñar el Estado sino el mercado, junto con la falta de consenso acerca de cuál debe ser el alcance las funciones del Estado y la falta de entendimiento adecuado de la función de ciertas instituciones, propició que ciertos *lobbies* aprovecharan todo ello para intentar evitar la modernización del Estado en el sector de su actividad y poder, así, proteger mejor sus intereses sin verse constreñidos por el Estado e, incluso, patrimonializándolo en su propio beneficio. Cuando este fenómeno es general dentro de un Estado, se le denomina Estado neopatrimonial —fenómeno frecuente en África—, pero no se han librado de él ni siquiera países desarrollados de la Unión Europea, en alguna medida.

España y otros países desarrollados no han sido ajenos a este conjunto de fenómenos. Ciertamente, el proceso de construcción del Estado, o, si se prefiere, de las instituciones necesarias para que el Estado pueda suministrar los servicios necesarios para que la economía de mercado funcione eficientemente en los países en vías de desarrollo así como en los países en transición hacia economías de mercado, ha permitido que los países occidentales *redescubrieran* para qué sirven ciertas instituciones a las que están acostumbrados y cuyos servicios dan por supuesto, sin darse cuenta de que, lo que para ellos es casi un hecho de la naturaleza, para la mayor parte de los ciudadanos del mundo es una quimera todavía. Tal es el caso del Registro de la Propiedad.

En España, las empresas están acostumbradas a disponer de toda la información relevante sobre sociedades mercantiles mediante la consulta *on line* al Registro Mercantil; igualmente, en pocos minutos, como máximo unas horas, se obtiene la información solicitada al Registro de la Propiedad, también por internet, sobre la titularidad y estado de cargas de cualquier finca del territorio nacional. Nadie duda de que la información facilitada es exacta y de que, en caso de error, el Registro responderá inmediatamente. Todo el mundo

está acostumbrado a estos servicios, por otro lado, a un precio excesivamente bajo, lo que hace que se sobreutilicen y no se valoren adecuadamente.

Para que estos servicios sean posibles, es necesario organizar todo un sistema registral que exige controles rigurosos —aunque ágiles—, imprescindibles para que la información sea fiable. Debe serlo, además, porque el Registro informa de lo que él mismo produce: los derechos de propiedad con los que opera el mercado en el ámbito inmobiliario. Eso es exactamente el Registro de derechos o de tráfico: un sistema de producción de derechos de propiedad para el mercado en forma de inscripciones que son los documentos que incorporan tales derechos, como consecuencia de las propiedades normativas que el ordenamiento les asigna y que permiten, parafraseando a De Soto (133), que los inmuebles no sólo sirvan como refugio frente al frío o la lluvia, sino que lleven una vida paralela como capital.

No es, como a veces se suele creer, un sistema de archivo y publicación de procesos transmisivos completados extrarregistralmente y documentados notarialmente. Sin embargo, la caracterización de la función del Registro de la Propiedad, por referencia a la idea de publicidad, es usual en la doctrina española y buena parte de la doctrina europea (134).

Esta caracterización puede ser adecuada, en el mejor de los casos, para un Registro de documentos o de mera oponibilidad, pero no para un Registro de derechos o de tráfico. Caracterizar a un Registro de este tipo como sistema de publicidad de los derechos reales supone partir de la hipótesis —usualmente no explicitada— de que al Registro llegan procesos transmisivos completados extrarregistralmente, esto es, consumados antes de la inscripción, de modo que la única función del Registro sería, así, la de dar publicidad a tales

(133) DE SOTO, H., *op. cit.*, pág. 71.

(134) AMORÓS GUARDIOLA, después de afirmar que *«la publicidad registral es la actividad de un registro público que tiende a manifestar un hecho, acto o situación jurídica y crea la posibilidad de que el objeto publicado sea conocido por todos»*, caracteriza al Registro de la Propiedad como *«aquella institución destinada a dotar de publicidad a las situaciones jurídicas relativas a bienes inmuebles para conseguir la seguridad jurídica en el tráfico de dichos bienes»*, llegando a afirmar, al tratar del principio de publicidad formulado por Jerónimo GONZÁLEZ —principio que este ilustre hipotecarista no definió y que descompuso en los de legitimación y fe pública registral— que *«la publicidad no es uno de los criterios básicos de organización de nuestro Registro de la Propiedad, más bien constituye la finalidad misma, la función esencial que el Registro cumple. No hace falta repetir que el Registro de la Propiedad es una institución destinada a dotar de publicidad (publicidad jurídica en sentido técnico, a que ahora nos estamos refiriendo) a determinadas situaciones o derechos. La publicidad es la esencia misma del Registro, su función típica y no un mero principio organizador»*. AMORÓS GUARDIOLA, M., *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, págs. 31, 32 y 68, respectivamente. Se trata de su discurso de ingreso, leído el 30 de noviembre de 1998. En él se da un completo repaso a las principales concepciones sobre la publicidad registral desde la elaboración misma de la primera Ley Hipotecaria de 1861. En la misma también se hace una amplia referencia a la doctrina europea sobre el particular.

procesos, sin que el Registro forme parte del propio proceso transmisivo, lo que, como he dicho, conviene, sin duda, a un Registro de documentos, pero no a uno de derechos como el español.

Parafraseando a POTTAGE (135), en relación al sistema inglés, la inscripción supone una ruptura decisiva con el modelo tradicional de titulación de la propiedad inmobiliaria; no es un instrumento de *enforcement* o de perfeccionamiento del sistema tradicional —Derecho Común— de titulación de la propiedad inmobiliaria, sino un sistema enteramente nuevo de titulación de la propiedad sobre inmuebles, que elimina la necesidad de investigaciones retrospectivas —no siempre seguras— o el recurso al transcurso del tiempo para posibilitar la adquisición por usucapión.

De ahí las resistencias generalizadas de notarios y *solicitors* a aceptar la lógica del Registro de derechos: supone una pérdida de protagonismo al disminuir los servicios que pueden ofrecer y al existir el riesgo de que no se atribuya a sus documentos la exclusividad autenticadora ante el Registro (136).

En este nuevo paradigma, la calificación registral es una pieza esencial, dada la función de la inscripción en el nuevo sistema transmisivo y el respaldo por el Estado a las titularidades adquiridas conforme a la misma (137).

Como consecuencia, sin embargo, de la concepción del Registro como un sistema de publicidad al servicio de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, parece existir una creencia bastante extendida entre la población y —sorprendentemente— también entre ciertos sectores jurídicos consistente en que la propiedad sobre un inmueble se adquiere por el contrato, siendo la inscripción un requisito añadido, exigido por el Estado, pero del que el comprador puede no sentir espontáneamente una necesidad real, pues, una vez

(135) POTTAGE, A., *The Originality of Registration*, según el cual: «Registration made a decisive break with this model of titles and transfer. Registration did not reinforce or perfect the traditional style of manufacturing titles. Rather it constructed an entirely new foundation for property in land». Oxford Journal of Legal Studies, 1995, Vol. 15, núm. 3, pág. 385. Citado por NOGUEROLES PEIRÓ en *op. cit.*, pág. 863.

(136) Obviamente, la evolución desde el sistema del Derecho Común hacia el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario supone una redefinición del papel de los notarios, los cuales pierden protagonismo. De ahí las resistencias que se observan en todos los países. Véase ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 138 y sigs. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica...», *op. cit.*, pág. 871 y sigs. NOGUEROLES PEIRÓ, N., en *op. cit.*, pág. 857 y sigs.

(137) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *La inscripción como título valor...* Allí se argumenta sobre la necesidad de la calificación registral en el Derecho de la seguridad del tráfico. Nada que afecte al derecho de propiedad puede ser considerado un exclusivo asunto entre partes. Tampoco los mecanismos jurídicos a cuyo través una persona adquiere el derecho a ser reconocida como dueña por todos, máxime cuando el Estado adquiere la obligación de proteger tal derecho, y éste es el fruto de un consenso social, respaldado por el propio Estado, sobre la forma en que los bienes son poseídos y utilizados por los individuos con carácter excluyente.

firmado el contrato —especialmente si se formaliza en escritura pública— el comprador se siente dueño.

La pervivencia de esta idea contribuye a una percepción altamente inadecuada del Registro, pues conlleva la consideración del mismo como un trámite que tiende a consumir tiempo y recursos, sin aportar una utilidad real, e impide considerar el Registro como lo que es: una institución que vertebra un sistema transmisivo adaptado a las necesidades de la economía de mercado, que simplifica las transacciones, elimina multitud de trámites y de costes alternativos en los que necesariamente habría que incurrir si careciésemos de Registro y, finalmente, dota de seguridad y certeza al derecho adquirido hasta el punto de convertirlo en un valioso activo económico. Eso es precisamente lo que justifica su existencia, como la de cualquier otra institución.

Ciertamente se trata de una creencia en rápida y progresiva regresión, muy probablemente como consecuencia de la progresiva extensión —en realidad *cuasi universalización*— de los derechos de propiedad sobre inmuebles en nuestro país, especialmente sobre la propia vivienda (138), de la generalización del recurso al préstamo con garantía hipotecaria para financiar la adquisición de la misma (139), de la incipiente utilización de los inmuebles así adquiridos como activos económicos para obtener recursos con los que financiar otras actividades —empresariales, profesionales o de consumo— y de la —en consecuencia— progresiva asimilación, intelectual y psicológica, por parte de la generalidad de la población, de la *lógica del mercado* también en el ámbito inmobiliario, todo lo cual ha contribuido —o, al menos, está contribuyendo— a una mejor inteligencia de la función de la inscripción en el proceso adquisitivo y, por tanto, a colocarla en el lugar que le corresponde dentro del mismo.

En mi opinión, han contribuido a la pervivencia de la creencia a la que me estoy refiriendo varios factores. Entre ellos, destacaré las dos siguientes.

Las instituciones estatales o derivadas de la autoridad suelen ser percibidas como *contraintuitivas* por no parecer fruto directo de un proceso evolutivo desde abajo hacia arriba, sino producto de un diseñador que actúa desde arriba hacia abajo, sin caer en la cuenta de que el Estado es una forma evolutiva exigida por el aumento del tamaño de los grupos y las necesidades de intercambio y de división del trabajo, algo que suele quedar fuera del horizonte individual (140).

(138) Así, año tras año, España —junto con Irlanda— figura en primer o segundo lugar en la lista de países por porcentaje de propietarios de su hogar, según las estadísticas de la Asociación Hipotecaria Española.

(139) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», *op. cit.*

(140) Véase, en esta línea, SHERMER, M., *op. cit.*, pág. 38.

En segundo lugar, como observa NORTH —y expuse al principio de este trabajo—, la evolución desde el intercambio personal al impersonal —eso es, el mercado— exige instituciones que fundamenten la confianza —para lo que, como he expuesto, se requiere nivelar asimetrías informativas entre los jugadores—. Ello incrementa los costes transaccionales totales, pero la consecuencia es una drástica reducción de los costes de producción en mucha mayor medida que el incremento de costes transaccionales, lo cual es responsable del dramático crecimiento de las economías modernas (141).

Dicho aumento de costes transaccionales se produce *en relación con la situación precedente*, menos evolucionada y a la que bastaban instituciones más simples, pero las instituciones se crean precisamente para disminuirlos *en relación a las distintas posibilidades alternativas en la nueva situación*, más evolucionada y que exige, por tanto, instituciones más complejas, lo cual es muy difícilmente percibido, pues exige personal experto y razonamiento en términos de costes de oportunidad. Dicho de otro modo, a la población les resultan *visibles* los costes de las nuevas instituciones, pero sus beneficios pueden permanecer *invisibles* por falta de conocimiento acerca de cuáles serían los costes de todas las demás alternativas.

Además, en un horizonte individual, ese incremento de costes transaccionales puede no ser percibido como necesario, sobre todo si se vive en núcleos de población pequeños, lo que se compra es tierra de labranza de poco valor y, además, no se piensa comerciar con ella ni hipotecarla (142). Pero éste ya no es el caso habitual.

14.3. LA DENOMINADA CRISIS DEL NOTARIADO

En este estado de cosas se agudiza la denominada *crisis del Notariado*, cuya relación con el Registro de la Propiedad ha sido, ya desde su creación, más bien ambigua, como hemos visto. Ciertamente, por un lado, el Registro de derechos hace perder protagonismo al Notariado en relación a cualquier

(141) NORTH, D. C., *Understanding...*, pág. 91. Pone de manifiesto cómo los servicios que más han crecido son los relacionados con las transacciones. Los costes transaccionales son los costes relacionados con el intercambio, dado que la especialización y la división del trabajo han crecido, y con ello el número de intercambios, cada uno de los cuales reclama servicios para poder ser realizado. Servicios bancarios, de seguros, financieros, comercio al mayor y al detall, así como una buena parte de la actividad gubernamental son parte del sector transaccional. Y dentro de las firmas, a su vez, hay un número siempre creciente de contables, abogados y de otros profesionales dedicados a facilitar el intercambio en el complejo mundo económico del intercambio impersonal.

(142) Todo ello demuestra el acierto del legislador hipotecario español de 1861 al optar por la convivencia de sistemas, el propio del Derecho Común y el nuevo de la seguridad del tráfico, con norma de conflicto favorable a este último, lo que arroja un sistema flexible y, por tanto, fácilmente adaptable a las distintas necesidades.

otro sistema registral, pero, por otro, ha sido tradicional la exigencia de documentación notarial, en el ámbito transaccional privado, de los actos y contratos transmisivos para que los derechos correspondientes pudiesen ser reconocidos y protegidos por el Registro.

Sin duda alguna, junto con el valor ejecutivo de la documentación notarial a efectos judiciales, el privilegio del monopolio de acceso al Registro del que goza la documentación notarial se ha convertido en el principal valor añadido de la intervención notarial en el ámbito inmobiliario, quedando relegada su función como ingeniero transaccional a un segundo plano, como consecuencia del desarrollo de operadores económicos de gran tamaño y del desarrollo y especialización de la abogacía (143).

Sin embargo, la corriente liberalizadora ha tenido también efectos en este terreno: en los diferentes países se han ido liberalizando las diferentes formas documentales de acceso al Registro de la Propiedad, siendo ésta la línea dominante en los ámbitos doctrinales y legislativos.

No se trata ahora de juzgar sobre el acierto de estas medidas, sino tan sólo de constatarlas como hechos y de constatar también cuál ha sido la reacción de gran parte del Notariado ante las mismas.

La reacción ha consistido en intentar trasladar a la escritura pública los efectos propios de la inscripción y al notario las competencias calificadoras propias de los registradores, lo que no era posible si previamente no se generaba la convicción que se podía calificar en régimen de libre competencia. Solamente si se conseguía generar semejante convicción sería posible capturar la función calificadora propia de los registradores (144). Dicho de otro modo, que la función del Registro era propia del mercado y no del Estado, con lo que incurrían en una notable paradoja: por un lado, querían adelgazar el Estado incluso más que el propio HAYEK (145), para quien el Registro de la Propiedad es una de las escasas instituciones que deben formar parte del Estado, por las razones que hemos expuesto; por otro, sin embargo, las formas documentales no se podían liberalizar en ningún

(143) Para un análisis pormenorizado de este asunto, véase ARRUÑADA, B., «Sistemas de titulación...», *op. cit.*, pág. 178 y sigs. Del mismo autor, «Markets and institutional determinants...», *op. cit.*

(144) Para conseguir este objetivo se han seguido todo tipo de estratagemas: desde intentar persuadir a los registradores ofreciéndoles, con una mano, una fusión de cuerpos —que posibilitara una apropiación de funciones— y, con otra, presionando sobre el poder político con el arma ideológica de que el Estado debía ser adelgazado y desburocratizado.

(145) Decía HAYEK: «La más importante función, dentro de tal orden de actividades, es el mantenimiento de un sistema monetario eficiente y seguro. Otras funciones de una significación, escasamente menor, son el establecimiento de pesas y medidas, el suministro de información en material catastral, los registros de la propiedad, las estadísticas, etc., y la financiación y también la organización de cierto grado de instrucción pública». Véase HAYEK, F., *Los fundamentos de la libertad*, págs. 306-307. Unión Editorial, 7.^a ed., Madrid, 2006.

caso, justamente lo único que puede liberalizarse y, aun así, muy relativamente, a mi juicio.

15. CONSIDERACIÓN FINAL

Tras las malas experiencias habidas, por fin hay consenso hoy sobre la importancia de las instituciones dentro de un Estado de Derecho, sobre la imposibilidad de que exista mercado sin Estado y sobre el hecho de que la calidad institucional es la clave del éxito relativo de las economías.

Los daños producidos, sin embargo, por los errores de apreciación, por la mala inteligencia acerca de la función de algunas instituciones esenciales como el Registro y, en consecuencia, de sus requisitos estructurales, por la falta de experiencia y por los múltiples intereses que intentan utilizar todos estos factores en su propio beneficio serán difíciles de reparar y los peligros no han sido conjurados.

La lección está siendo dura y no debe ser olvidada. Como afirma NORTH, la construcción de una infraestructura institucional adecuada se revela, pues, como parte esencial del edificio de la civilización (146).

RESUMEN

REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y MERCADO

La escasez de los recursos necesarios para sobrevivir impone su uso eficiente. La propiedad exclusiva y libremente transferible es el mejor modo de conservarlos y de usarlos eficientemente. Pero la propiedad no es posible sin el Estado, el cual surge por razones de economías de escala en los necesarios servicios de protección que la propiedad requiere. Cuanto más eficiente y eficazmente desempeñe el Estado esta función, en mayor medida se extenderá el sistema de derechos de propiedad, por lo que se conservará y usarán eficientemente más bienes y por mayor número de personas.

ABSTRACT

THE PROPERTY REGISTRATION SYSTEM AND THE MARKET

The resources needed for survival are scarce and therefore have got to be used efficiently. Exclusive, freely transferable ownership is the best way to preserve scarce yet needed resources and use them efficiently. But ownership cannot exist without the state, which in turn comes into being as a means of using economies of scale to provide the necessary protection services that property ownership requires. The more efficiently and effectively the state performs its function, the farther the system of property rights will spread, so more goods will be preserved and used efficiently by a greater number of people.

(146) NORTH, D. C., *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005, pág. 14.

Para cumplir su función, la propiedad no sólo ha de conferir derechos exclusivos sino que, además, debe poder ser transferida con facilidad y seguridad, pues de lo contrario el mercado no podrá cumplir su misión, esto es, reasignar constantemente los recursos hacia sus usos más eficientes.

Por ello el Estado debe organizar un sistema de transferencia fácil y seguro de titularidades. Y no es fácil. Por un lado, la explotación de bienes mediante derechos reales posibilita un uso más productivo y, por tanto, más especializado de los mismos, pero, por otro, dificulta la organización de un sistema de transferencia fácil y seguro. El Derecho de la seguridad del tráfico soluciona este dilema y, en el ámbito inmobiliario, el Registro de la Propiedad es el instrumento a través del cual se vertebra.

En este Registro, la inscripción es un título-valor, es decir, es el título del derecho inter tertios, y encierra, en sí misma, toda la información necesaria para adquirir un derecho, tal y como es deseado sin que la adquisición pueda frustrarse por circunstancias que son desconocidas al adquirente.

Que la inscripción sea el título inter tertios significa que el Estado compromete el uso de su fuerza coactiva contra quien perturbe el ejercicio del derecho por parte del titular según la inscripción.

Ello requiere que, antes de sancionar un derecho con la inscripción, se siga un procedimiento, en el que se tutelen todos los intereses en juego, dado los efectos externos de la inscripción y la naturaleza del derecho de propiedad, entre otras razones, lo que exige la independencia del Registro como garantía de su neutralidad.

Por ello, el Registro ha de estar integrado en el Estado y no puede formar parte del mercado.

No obstante algunos operadores económicos han pretendido apropiarse de

In order to fulfil its function, ownership has not only got to grant exclusive rights; it has also got to be easily and securely transferred, because otherwise the market cannot perform its own mission, which is to reassign resources constantly to wherever they can be used most efficiently.

For that reason the state must organise a system of easy, secure ownership transferral. And that is not easy. On one side, the exploitation of goods by means of real rights make more-productive and therefore more-specialised use of goods possible, but, on the other side, it hampers the organisation of an easy, secure transferral system. Secure trade law solves this dilemma, and the property registration system is the instrument through which secure trade law is implemented for real estate.

In the property registration system, registration is a kind of security. That is, it is the title to the right inter tertios, and it encloses within itself all the necessary information for acquiring a right as desired without the possibility of the acquisition's being frustrated by circumstances unknown to the acquirer.

That registration is the title inter tertios means that the state commits itself to use its coercive power against anybody who disturbs the registered holder's exercise of the right.

That requires a procedure to be followed before a right can be sanctioned by registration. In the procedure, all the interests in play are safeguarded, given the external effects of registration and the nature of property rights, among other reasons. The registry has therefore got to be independent to guarantee its neutrality.

For that reason the registry has to be part of the state and not form part of the market.

Nevertheless, some economic operators have attempted to appropriate regis-

las funciones registrales. El artículo explica por qué ello no es aceptable, cuáles serían las consecuencias —una regresión de gran magnitud—, las razones de estos intentos, y el contexto en el que se producen, del cual forma parte el desconocimiento, hasta muy recientemente, en el ámbito de la teoría económica, del papel fundamental de las instituciones en general y de algunas de ellas en particular, cual es el caso del Registro de la Propiedad.

tration functions. The article explains why that is unacceptable, what the consequences would be (a steep decline), what reasons lurk behind these attempts and what context they occur in. Part of the context is ignorance on the part of economic theory circles, until very recently, about the fundamental role of institutions in general and some institutions in particular, such as the property registration system.

(Trabajo recibido el 07-05-08 y aceptado para su publicación el 14-05-08)