

La producción de derechos de propiedad: Panorama histórico (*)

por
CELESTINO PARDO NÚÑEZ
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA DE GARANTÍAS SÓLIDAS PARA LA CAPTACIÓN DE CAPITALES.
- II. LA FORTALEZA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD.
- III. LA ORGANIZACIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO.
- IV. EL SISTEMA ROMANO.
- V. CONTADURÍAS ESPAÑOLAS Y CONSERVADURÍAS FRANCESAS.
- VI. EL SISTEMA NAPOLEÓNICO.
- VII. EL SISTEMA GERMÁNICO.
- VIII. LA RESPONSABILIDAD POR FALLOS DEL SERVICIO.
- IX. LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL.
- X. BREVES APOSTILLAS FINALES.

(*) Transcripción de la Conferencia pronunciada en las Jornadas hispanoestadounidenses organizadas por el Colegio de Registradores y la Embajada de EE.UU. Julio de 2002.

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA DE GARANTÍAS SÓLIDAS PARA LA CAPTACIÓN DE CAPITAL

Quiero dar las gracias, en primer lugar, a ustedes por su presencia. En segundo lugar a la organización, por su amable invitación. En tercer lugar a mi buen amigo Paco Bastida, por sus palabras, aunque en este caso, el agradecimiento no sea tan franco y sincero porque cuando me insinuó, por primera vez, la posibilidad de esta charla, no comprendí cabalmente la importancia y significación del acto.

Advierto que no voy a hablar mucho de los Registros de la Propiedad. Los Registros son oficinas administrativas y desprenden necesariamente un tufo burocrático que hiere a los espíritus sensibles. Por ello, más bien, me voy a centrar en tratar de hilvanar un discurso sobre el proceso de elaboración o producción de derechos de propiedad seguros.

Podrán ustedes preguntarse qué han ganado con el cambio. Los derechos de propiedad son, probablemente, tan poco atractivos o interesantes como los propios Registros. Ciertamente no sé si es o no atractiva o interesante la propiedad; lo que sí sé, es que es muy útil. Así,

- i) Porque ustedes son propietarios, y sólo en la medida en que lo son, pueden esperar razonablemente que no van a ser despojados de los bienes que disfrutan.
- ii) Porque ustedes son propietarios, y sólo en la medida en que lo son, pueden obtener sustanciosas ganancias en la venta de su vivienda, dada la situación del mercado inmobiliario, consiguiendo así una cobertura adecuada a sus ahorros en un contexto peligroso de inflación galopante.
- iii) Porque ustedes son propietarios, y sólo en la medida en que lo son, pueden incluso convertir sus fincas, fácilmente, en dinero contante y sonante, pactando la oportuna hipoteca; efectivo que podrán dedicar a los fines que tengan por conveniente.

Quiero especialmente insistir, por su importancia, en este último punto, añadiendo dos observaciones:

- i) Desde hace ya unos cinco años se ha superado en España la impresionante, más bien intimidante, cifra de 50 billones de pesetas en el volumen de créditos hipotecarios vivos. Dicen los financieros que no hay crédito, si falta la oportuna garantía; deben ser sólidas nuestras garantías cuando en un contexto internacional de lucha por la captación de capitales, el mercado español se ha llevado tan importante

tajada. Pero, no hay que olvidarlo, las garantías hipotecarias son sólidas si los derechos de propiedad son seguros.

- ii) Hace también unos cinco años, con un grupo de compañeros, tuve oportunidad de desplazarme a México, para hablar de cosas parecidas a las que nos ocupamos hoy, invitados por una filial del Banco de Bilbao. La economía es la teoría de la escasez. Estamos aburridos de que se nos repita que «los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas». El grado escasez del capital lo fija el precio de su uso, que es el tipo de interés. En México, entonces, el tipo oficial rondaba el 6 por 100; el efectivo del préstamo hipotecario, a causa de la prima de riesgo, superaba el 18 por 100. Es más, hoy, en Brasil, el interés de los préstamos de acceso a la vivienda, supera el 20 por 100, de tal modo que algunos avisados promotores construyen no para vender sino para financiar lo que venden.

Pues bien, es objetivo de esta disertación tratar de convencerles de que no hay derechos de propiedad seguros si no cuentan con organizaciones de apoyo como los Registros. Esta es la tesis fuerte pero hay otra, derivada, no menos fuerte, y es ésta.

Pretendo convencerles de que los Registros de la Propiedad son una especie de artefactos o mecanismos; los economistas probablemente hablarían de tecnología; los juristas prefieren hablar de organizaciones; nosotros, de máquinas y hasta «motores». Estas máquinas han podido funcionar con éxito, y esto es lo importante, porque su funcionamiento no es intrascendente desde el punto de vista del Derecho sustantivo.

¿Qué queremos decir con esto? Algo muy sencillo. Hay un paralelo muy apropiado para entender los Registros y no es otro que el de la contabilidad de los libros de los comerciantes que, según un gran sociólogo alemán, Max Weber, facilitó el surgimiento del derecho de sociedades por cuanto permitió diferenciar el patrimonio social de los patrimonios individuales de los socios (haciendo apuntes en los libros, en efecto, se consiguió separar las entradas y salidas de bienes y servicios de la sociedad de los de los socios).

Pues bien, las máquinas registrales son los soportes organizativos necesarios, en un sentido que trataremos de precisar a lo largo de la explicación, para la elaboración de derechos de propiedad seguros, como las contabilidades comerciales lo son de las sociedades mercantiles.

No todas esas máquinas son iguales. Las máquinas registrales, como los motores, funcionan con distinta tecnología y por tanto proporcionan distintas prestaciones. La germana, por ejemplo, es lenta pero segura, la francesa más rápida pero menos fiable. Con el tiempo, incluso, han surgido alternativas de síntesis, especialmente recomendables, como la australiana, que trata de encontrar una combinación óptima entre esas dos prestaciones.

Lo cierto, en todo caso, es que hoy nadie puede discutir el éxito de esas máquinas. Las encontramos por todas partes, han proliferado como hongos por todo el orbe conocido.

Siguen gozando de buena salud en la vieja Europa que fue quien las alumbró. Han cruzado los océanos; se han perfeccionado en Australia y Canadá. Muy significativo es el esfuerzo que están haciendo algunas instituciones financieras internacionales para promocionar su levantamiento o erección en Hispanoamérica, por cuanto las considera palancas del desarrollo o del progreso económico. Por su parte, los países del Este, en cuanto se han incorporado a las economías de mercado, han recuperado sus antiguos registros o planteado otros nuevos. Incluso se promueven por el Banco Mundial, en países tan distantes como Marruecos, Egipto o Kenia.

II. LA FORTALEZA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Hablaremos pues de la relación entre las máquinas registrales y los derechos de propiedad seguros. Es una relación que destacan todas las leyes registrales de los distintos países.

De hecho nuestra Ley Hipotecaria, en su artículo primero, nos dice que los Registros se ocupan de dar publicidad de la propiedad y los demás derechos reales, lo que, por cierto, nos parece algo absolutamente trivial.

Digo sólo que parece trivial porque no lo es. Y no lo es porque no se puede entender de verdad lo que realmente quiere decir la Ley si no se tiene de antemano un concepto meridianamente claro de lo que son los derechos de propiedad y, por tanto, de las dificultades que hay que superar para construirlos. Porque hacerlo no es nada fácil. Los derechos de propiedad, y en general, los derechos reales, son los productos más sofisticados de la práctica jurídica y, por tanto, los de más compleja estructura entre los derechos utilizados por los ciudadanos.

Contamos aquí con un grave *handicap*. Si cuando hablamos de autonomía política, por ejemplo, creemos tener una idea bastante clara del asunto, mucho más cuando hablamos de la propiedad, ya que la manejamos todos los días: no hay, sin embargo, nada más peligroso que creer conocer y ello porque el que cree, si desconoce, desconoce más profundamente.

Parece, por ello, preciso, antes de entrar a determinar lo que sea la propiedad y los derechos reales, bajar un peldaño u escalón en la explicación y tratar de ofrecer, antes, un concepto manejable de lo que sean los mismos derechos.

Los derechos —huimos consciente e intencionadamente de la jerga jurídica y, en especial, de la hipotecarista— podríamos definirlos como una especie de promesas de beneficios futuros o del mantenimiento futuro de

beneficios presentes. Los derechos, dirían los neoinstitucionalistas, bien nos prometen conseguir algo que no tenemos o conservar lo que ya tenemos.

Son los derechos, sin embargo, unas promesas muy particulares: son promesas respaldadas por la coacción o fuerza del Estado; por tanto, si en el futuro no se cumplen, no es por otra causa que porque el Estado no ha sido capaz de materializarlos.

Hay así, en efecto, derechos muy distintos, porque hay Estados también muy diferentes, es decir, con una capacidad de ejecución, con una organización ejecutiva, también muy distinta.

Pero sobre todo entre los mismos derechos hay algunos que tienen más fuerza ejecutiva, cuyo «enforcement», que dicen los anglosajones, es superior —es decir, que tienen más capacidad de hacer el futuro presente—, esto es, de ser más creíbles, más efectivos, que otros.

Es evidente que no es lo mismo un cheque que un billete de banco, que un dinero de curso legal. Y es también muy distinto ser titular de un derecho de crédito o de un derecho real.

Pues bien, los derechos reales son los derechos más reforzados, más fuertes, entre los que se ofertan por el sistema jurídico. Si son los más fuertes los derechos reales, la pregunta pertinente es ¿por qué no todos los derechos tienen la misma fuerza que los derechos reales? La respuesta es muy sencilla (nos encontramos aquí con un importante principio organizativo): a mayor fuerza ejecutiva, mayores costes de constitución.

En los derechos reales, esa superior capacidad de refuerzo o fuerza ejecutiva, se paga en la constitución. Menos costes en la ejecución exigen mayores costes en la constitución. Pero ustedes pueden preguntarme o preguntarse por qué son superiores los costes de constitución de los derechos más reforzados, más enforzados, más fuertes.

Y la respuesta es también simple: por qué la ejecución rápida exige ausencia de obstáculos, menor posibilidad de plantear oposiciones, de interponer excepciones, o de hacer valer «contraderechos».

En realidad, lo que se intenta con el derecho real, en su formulación óptima o ideal, es que, en el límite, en la fase judicial o ejecutiva, no haya ninguna posibilidad de oposición, es decir, que el «enforcement», el refuerzo, no se paralice o interfiera por ningún motivo planteado por nadie.

La pregunta esencial, llegados aquí, es, pues, ésta: ¿cómo evitar sorpresas o eliminar obstáculos en la fase de ejecución? Y la respuesta no puede ser más que ésta. Pues eliminándolos anticipadamente en la fase de constitución.

Los juristas dicen: «los derechos reales son especialmente ejecutivos porque obligan a todos». En la formulación kantiana, eso se llamaba «teoría obligacionista de los derechos reales». Pero, si obligan a todos y, por tanto, se pretende que todos tengan que respetarlos, tendrán también que ser consentidos por todos:

- i) En primer lugar, por los que dicen tener otros derechos en la misma cosa.
- ii) En segundo lugar, por los acreedores, cuando su deudor transmite la cosa.
- iii) En tercer lugar, por los que quieran adquirir derechos en esa misma cosa en el futuro.

III. LA ORGANIZACIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO

No sé si he conseguido hacer clara esta distinción, pero si esto es así, podríamos pasar al siguiente punto en que trataremos de averiguar dónde nació esa formulación tan precisa de los derechos reales que hoy es de uso común.

Vamos a ocuparnos, con la simplificación que exige, claro está, este acto, de desentrañar cómo concibieron los jurisprudentes romanos, especialmente agudos e inteligentes, este gran sector de los derechos reales —derechos fuertes o especialmente reforzados— porque fueron consentidos previamente por todos y por ello nadie puede discutir. Fueron tres los pilares en que apoyaron su construcción:

- i) El primero fue la especialización de los derechos de propiedad; la elaboración, por tanto, de un elenco variadísimo de derechos reales. De hecho, la gama de derechos que construyeron los juristas romanos, desde entonces, en los países continentales europeos, no ha sufrido grandes variaciones. Tenemos, en efecto, la propiedad, el usufructo, las servidumbres en una variadísima gama, rústicas, urbanas, positivas, negativas, continuas, discontinuas; tenemos derechos de adquisición preferente, opciones, tanteos, retractos; tenemos, en fin, derechos de garantía, prendas, hipotecas, fiducia, anticresis. La especialización es importante porque permite ajustar la oferta a la demanda y por tanto un mejor aprovechamiento de los bienes. Por ejemplo, no quiero la propiedad ahora sino sólo el derecho a conseguirla en el futuro; para ello no necesito que se me transmita el dominio de la cosa, me basta con una opción de compra sobre ella. O quiero el inmueble sólo como garantía, no para su disfrute; no preciso la propiedad, me es suficiente con una hipoteca. Cada cual puede así conseguir el uso que precisa o necesita, nada más pero tampoco nada menos. Todo ello, sin embargo, obliga a incurrir en gastos, porque la diferenciación nítida de derechos no es fácil. Hay que realizar el correspondiente esfuerzo para trazar, con especial cuidado y delicadeza, los límites y márgenes de derechos a fin de que, después, no surjan interferencias o interrupciones en su ejercicio.

- ii) El segundo es la necesidad de proceder a la adecuada coordinación de los derechos que concurren sobre una misma finca. Toda complicación excesiva de la oferta de derechos pasa factura porque genera confusión, en este caso, porque genera la posibilidad de que se dé no sólo un encabalgamiento sino una superposición de los derechos con el correspondiente enrevesamiento del mapa de las fincas: así, por ejemplo, era y es posible que un usufructo, gravado con hipoteca, a su vez, se dé en censo; o que una propiedad gravada con un derecho de adquisición preferente, sea a su vez hipotecada. Por tanto las precisas distinciones de los juristas romanos facilitaron la especialización pero la especialización exige incurrir en costes de coordinación para tratar de organizar una concurrencia sin fricciones de varios derechos sobre el mismo inmueble. El encabalgamiento y la superposición de los derechos, es decir, la complicación de los mapas jurídicos de las fincas o inmuebles, obliga a que las piezas de la máquina se engranen milimétricamente para garantizar su preciso funcionamiento mediante una adecuada lubricación. La confusión generaría incertidumbre y la incertidumbre, riesgos y, por tanto, parálisis de la circulación.
- iii) Por último, los juristas romanos, para conseguir que esa magnífica especialización fuese eficaz, tuvieron que asumir otro importante costo: se vieron obligados a reconocer eficacia real a derechos ocultos, no visibles. Una servidumbre negativa no es visible para el que inspecciona la finca, tampoco lo es un censo, tampoco lo es una hipoteca. Todo ello provoca que el valor de los bienes ofertados en el mercado no pueda ser aquilatado mediante una simple inspección ocular lo que, por lo pronto, determina que no tengan una calidad homogénea para el comprador. La calidad jurídica de las fincas para los compradores se transforma en una variable que, claro está, no puede por menos que generar incertidumbre sobre el verdadero valor de las fincas. Era imposible comprobar, inspeccionando la finca, los derechos aparentes pero no la existencia de uno cualquiera de la variada gama de posibles derechos ocultos.

Los juristas romanos, para que funcionase el mercado con ciertas garantías, comprendieron, por ello, que era necesario un sistema que diese claridad a los derechos reales o de propiedad, distintos pero concurrentes, organizando su coordinación con arreglo a determinadas reglas (rango y división por cuotas); y, sobre todo, que facilitase que las cargas ocultas saliesen a la luz, esto es, que se articulase un método fiable que forzase la manifestación de cargas. Para conseguirlo, se valieron de dos soluciones.

IV. EL SISTEMA ROMANO

La primera solución, la más antigua, recurrió al uso de medios que hoy llamaríamos de derecho público, es decir, al uso de la coacción. Se resume en el binomio de la *mancipatio/usucapio*. Creo que este binomio refleja perfectamente bien la idea del «doble contrato», que tanto me gusta.

Por la *mancipación*, el vendedor traspasaba la posesión mediante un negocio formal, al comprador en una ceremonia sacral y pública, pero la *mancipación* trasladaba sólo la posesión, no la propiedad. Mejor, transmitía la posesión y la propiedad en la medida que la tuviese el que se la hubiese transmitido y el que se la hubiese transmitido a quién se la hubiese transmitido, etc. Hacía, en fin, sólo una simple promesa.

La transmisión perfecta o completa del derecho exigía la *usucapio*, y la *usucapio* hoy la definiríamos como la carga impuesta a todos los derechos contradictorios de hacerse valer judicialmente en un plazo de dos años porque sino esos derechos, por muy reales que sean, por muy fuertes que sean, se extinguen automáticamente.

Los romanistas, cuando hablan de los dos fenómenos, *usucapio* y *mancipatio*, dicen que la *mancipatio* es un modo o una forma de transmisión derivativa, se adquiere por el comprador sólo lo que tenía el vendedor. Mediante la *usucapio*, en cambio, la transmisión es originaria porque se adquiere el derecho completo, sin cargas, sin necesidad de fundamentarlo en el del vendedor.

Era un sistema pues, insisto, en donde se administraba o manejaba fundamentalmente, a través de la figura de la *usucapio*, la coacción o el poder de castigo del Estado porque el titular de un derecho que no lo ejercía (y por tanto manifestaba) en un plazo tan perentorio, tan breve, lo perdía.

Lo cierto es que, desde principios del siglo primero después de Cristo, los juristas romanos, no sabemos muy bien por qué, prescinden del sistema de la *mancipatio/usucapio*.

La declaración de cargas fiable, para que el comprador adquiera con garantías, trata de obtenerlas por medios distintos, medios que todavía se nos escapa por qué hicieron aparición; es decir, desconocemos las razones del cambio.

¿Cuál es el secreto de esta segunda fórmula que permitirá conseguir que antes de la venta el comprador pueda llegar a saber exactamente lo que compra y pueda hacer, por tanto, el descuento de precio de aquellas cargas reales que subsistirán después de la transmisión?

Vamos a ver este segundo sistema. Este segundo sistema se monta sobre dos nuevas instituciones: la *compraventa* y la *evictio*. La *compraventa* no era, como la *mancipatio*, un negocio formal que transmitía el derecho de golpe, en latín *uno acto* o *uno icto*, en castellano diríamos en un «trís tras».

La compraventa era un contrato que producía no solamente la transmisión de la propiedad, sino que generaba también un conjunto de obligaciones entre comprador y vendedor, de muy diferente naturaleza, que se mezclaban por lo tanto con el efecto propiamente transmisivo. Ya veremos la importancia de esto.

Lo importante era que, como complemento de la compraventa, para el caso de que el poseedor/vendedor no fuera titular de los derechos que vendía en la forma que decía, procedía la *evictio*, una institución nueva, no totalmente (precedente en la *actio auctoritatis*), pero, sí, que ellos generalizaron y desarrollaron con gran precisión.

Esta institución segunda, por así decirlo, dejaba el que hemos llamado «segundo contrato», que tenía que conseguir que efectivamente el comprador adquiriese lo que pretendía adquirir, al albur de una amenaza penal.

El vendedor que no declaraba el régimen de cargas verdadero —es decir, las cargas aparentes pero también las ocultas— era reo de un delito o mejor un crimen, parecido al de hurto, no porque hubiese hurtado la cosa sino el precio que había recibido. Esa sanción, que luego se despenaliza, creían ellos, que sería suficiente incentivo para que los vendedores declarasen el régimen de cargas de las fincas que vendían.

¿Cuáles fueron, podríamos decir, los costes de esta segunda opción frente a la primera, si es que los tenía? Se me ocurren por lo pronto tres:

- i) El primero es que, al surgir, el derecho real que se transmitía, de un contrato y no de una forma, era difícil distinguir el efecto puramente real de la transmisión, o constitución, de los derechos reales de propiedad, censo, hipoteca o usufructo, de las restantes obligaciones que surgían del contrato, por ejemplo, respecto a la obligación de pago del precio. Así cabía dudar, con razón si la falta, o el retraso, del pago del precio o de las otras obligaciones, que surgían del contrato, condicionaban o no el efecto transmisivo del derecho. Por la misma razón, cabía preguntarse si la falta o retraso en el pago de los impuestos de la transmisión, imposibilitaba o no el efecto transmisivo. En consecuencia, la transmisión por contrato, generaba confusión o, mejor, contaminación (con los consiguientes costes de delimitación de los derechos) entre lo real y lo obligacional, entre el efecto real y el efecto obligacional.
- ii) El segundo de los problemas fue la causalización de los derechos reales. A ver si consigo explicar lo que quiero decir. La compraventa era un modo derivativo de transmisión de los derechos, no había efecto originario alguno, porque la usucapión que antes era de dos años, ahora se hizo de veinte y treinta años. Por lo tanto, yo adquiriría el derecho en la medida en que el vendedor, mi transmitente, fuera titular del derecho que me transmitía. Pero a su vez mi ven-

dedor dependía, para ser propietario, de que lo fuera el suyo. De esta manera, estaban vivos durante muchos años todos los títulos de propiedad que componían la cadena causal y, por tanto, fundamentaban mi derecho. Si fallaba uno, en un efecto «dominó», arrastraba todos los siguientes. No había, por lo tanto, modos originarios de adquirir los derechos.

- iii) Teníamos, pues, una primera complicación, la, a veces, difícil delimitación de lo real y lo obligacional. Teníamos o tenemos, ahora, una segunda complicación: soy propietario o soy titular del derecho en la medida que lo fuese mi causante, el causante de mi causante, y así sucesivamente. Es decir, seré propietario del derecho en tanto lo fuera mi transmitente, y el transmitente de mi transmitente, y así sucesivamente. Una tercera complicación fue la aparición del problema del *numerus apertus*. Como el derecho real nacía de un contrato y el contrato es fruto de la autonomía de la voluntad, insensiblemente, con el paso del tiempo, en contra del sentir de los juristas clásicos, poco a poco, se admitió que el contenido de los derechos reales pudiese ser modificado, dentro de ciertos límites, libremente por las partes. Esta elasticidad de contenido permitía ajustar mejor la oferta pero también provocó la aparición de derechos difusos, derechos residuales, que quedaban en poder del vendedor cuando no transmitía todo; y, por tanto, fomentaba el peligro de superposiciones de derechos, de interferencias en el contenido de los derechos. El mapa de cada una de las fincas en que se descomponía el territorio nacional tenía así siempre una configuración *sui generis*. Los propietarios de esos derechos residuales no sabían muchas veces lo que realmente tenían y si calculaban mal el contenido de su derecho podían llegar a transmitir más derechos a su comprador del que efectivamente les pertenecía, entrando así en colisión con otros derechos que concurrían sobre la misma finca.

Sigue siendo, sin embargo, un misterio por qué los juristas romanos prescindieron del binomio *mancipatio/usucapio* y prefirieron el de compraventa/*evictio*.

Y digo que sigue siendo un misterio porque, en los años sucesivos, en todos los países europeos se recuperan formas parecidas a las del antiguo binomio *mancipatio/usucapio* y, a pesar del respeto que se tenía por el derecho romano en el período medieval, en la mayor parte de los países europeos —aquel conglomerado de señoríos y reinos— se siguió haciendo un uso muy frecuente de una fórmula muy parecida a la de la *mancipatio/usucapio* y, en cambio, se pusieron numerosas dificultades a la aplicación del régimen de compraventa/*evictio*.

V. CONTADURÍAS ESPAÑOLAS Y CONSERVADURÍAS FRANCESAS

Bien, llegamos al período moderno. Creo que los juristas, y en general los historiadores, tenemos muchos datos pero, a veces, no sabemos manejarlos a falta de los oportunos esquemas que los sitúen en un contexto más general que los haga más comprensibles e interesantes.

En fin, lo cierto es que la aparición de las monarquías absolutas señala el momento en que emergerán las máquinas registrales que se generalizarán en todos los países continentales; por lo demás, con una precisión cronológica extraordinaria.

En Francia, en Inglaterra, en el Reino de Castilla, en general en España, se montan u organizan las máquinas registrales, los organismos registrales, con enormes resistencias por parte de la nobleza y los señoríos eclesiásticos.

¿Qué pretendían esas máquinas o esos organismos? Fundamentalmente, sólo apuntar en un libro, accesible al público, que se depositaba en oficinas repartidas por todo el territorio, los derechos ocultos. La cuestión estaba, sin embargo, en cómo conseguir que los derechos ocultos se llevasen a esos libros y se apuntasen en ellos por los particulares.

Los problemas de organización, que eran los decisivos, eran, pues los importantes y se centraban en encontrar las fórmulas más idóneas para conseguir que los particulares, espontáneamente, voluntariamente, lleven sus títulos a las oficinas.

Había, por tanto, que armar una serie de incentivos adecuados para que los particulares llevasen a depositar sus títulos a las oficinas registrales y pudiese, por tanto, el oficial público apuntarlas y así hacerlas públicas. Veamos, cuáles fueron esos incentivos.

Nosotros tuvimos, en el Reino de España, una organización pionera que, con variantes, probablemente intrascendentes, ensayó una primera fórmula o conjunto de «incentivos», con la finalidad de que los particulares trajesen sus títulos a los Registros, llamados, entonces, Contadurías.

¿En qué consistía esa fórmula? Nada menos que en una severa restricción en la defensa de los derechos cuyos títulos no se trajesen a la oficina. Eso lo podía hacer sólo, claro está, el monarca absoluto; por eso era absoluto y todos los derechos dependían —los políticos de los señoríos pero también la propiedad privada— de su voluntad.

¿En qué consistía exactamente esa restricción? Consistía fundamentalmente en que el Rey —y su jurisdicción por tanto— no amparaban los derechos que no se apuntaban en los libros, que no se «contaban» (por eso, se llamaba a aquellos Registros «Contadurías»).

Sólo los derechos contados, apuntados, eran derechos protegidos por los Tribunales. Este incentivo, a primera vista tan poderoso, fracasó y el sistema no funcionó en el modo que habían pensado sus diseñadores. Y fracasó el

sistema, como explicaron los reformadores del *xix*, porque el incentivo y la restricción que se proponía se demostraron inadecuados.

El Rey amenazaba con no proteger con su jurisdicción los títulos no apuntados, y los particulares, con buen criterio, sólo llevaban los títulos a las oficinas cuando necesitaban la protección de la jurisdicción real, no antes.

Sólo los particulares que pensaban ejercitar acciones ante la Jurisdicción real los apuntaban, y los apuntaban además justo antes de plantear la demanda, no antes. En consecuencia, los compradores que acudían a los libros de las Contadurías para conocer las cargas ocultas no tenían ninguna garantía de que allí constasen todas.

Como decía un celebre reformador del *siglo xix*, si lo que pretendía la legislación de Contadurías es que las cargas se manifestasen, y los derechos ocultos saliesen a la luz, realmente, como dijo aquel ilustrado Ministro de Justicia tan inteligente (Fernández Negrete), se legislaba para nada.

VI. EL SISTEMA NAPOLEÓNICO

¿Cuál fue la reacción en el plano organizativo frente a este fracaso o fallo del sistema? La solución, por los textos que se manejan, procede fundamentalmente de una innovación promovida por la monarquía absoluta francesa, seguida con modificaciones por sus herederos legítimos, los revolucionarios franceses.

Se había experimentado ya en el *siglo xvii*. En América se introdujo porque probablemente la llevaron los colonos, con mucha anticipación a que la generalizasen los ejércitos napoleónicos en toda Francia y en parte de Europa. Se extendió, por ejemplo, a Italia y a Bélgica.

¿Cuál fue el incentivo en que pensaron sus diseñadores para conseguir que se trajesen todos los títulos a los Registros? No fue otro que imponer una restricción todavía más fuerte a la defensa de los títulos de propiedad que no acudían a las oficinas públicas. Esa era, en efecto, la función del llamado «principio de prioridad».

En el régimen de las antiguas Contadurías, de las viejas Contadurías, en caso de contradicción de derechos, en principio vencía el que aportase título más antiguo, ahora, en cambio, será mejor el que primero inscribe. En caso de contradicción de derechos, no vence el primer título, sino el primer asiento; esto es, el título primeramente registrado.

En consecuencia, los que tenían miedo de que su vendedor cometiese un fraude —por ejemplo, porque hiciese una doble venta o un estelionato— si los acreedores hipotecarios querían conservar su preferencia frente a los que vinieran con posterioridad, si, en general, se quería conservar el rango de los derechos, los interesados tenían que llevar rápidamente los títulos a la oficina

y registrarlos, porque *prior tempore*, primero en el tiempo, y por tanto mejor en el derecho, no es ahora el que tiene el título más antiguo sino el que primero lo lleva a la oficina.

Lo cierto es que los reformadores franceses consiguieron que las pruebas documentales de la propiedad y las cargas se llevasen al registro y, por lo tanto, que los interesados en adquirir pudiesen confiar en que los libros les manifestaban todos los posibles gravámenes que pudiesen afectar a los derechos o a las fincas que pretendían adquirir.

¿Cuál era la importancia de la prioridad francesa? Lo fundamental del sistema de prioridad y de manifestación de cargas de los libros de los registros de corte francés es que localizan o hacen pública y notoria la contradicción entre los títulos presentados. El que va a un Registro francés comprueba la documentación publicada y, si no encuentra contradicción entre los títulos de los derechos que soportan las fincas —y por tanto puede encadenar las sucesivas transmisiones anteriores— sabe que puede adquirir con tranquilidad del que presentan los libros como último titular.

Los problemas graves surgían cuando existe una contradicción entre las informaciones: dobles ventas, nulidad de uno de los títulos anteriores, cadenas causales rotas, derechos desencajados, es decir, superpuestos en todo o en parte.

Las Conservadurías francesas, en esos casos, sólo delataban la existencia de contradicciones, no las subsanaban. Precisamente, por ello, para esos casos de contradicción, se ofertaba un sistema paralelo, una especie de «muletas» que permitiesen al adquirente adquirir con seguridad, no «jugar a la ruleta», el derecho, que se pretendía, de uno de entre los que los libros delataban como posibles titulares. Era el llamado «sistema de purga».

El adquirente que encontraba contradicción entre los derechos de una finca y no sabía a ciencia cierta a cuál de sus titulares tenía que comprar, podía pedir el auxilio del juez para que forzase una aclaración o declaración del estado de la propiedad.

Esa aclaración era compleja, desde el punto de vista judicial, pero factible, porque todos los posibles aspirantes a tener derechos sobre la finca, en caso de contradicción, estaban perfectamente identificados en los libros. Podía, por ello, notificárseles individualmente para que viniesen al proceso de purga y aclarasen, entre sí, quién era el verdadero titular.

VII. EL SISTEMA GERMÁNICO

Bien, vayamos ahora con una tercera fórmula, que es la de los Registros que se suelen calificar «de derechos», una tecnología puramente germánica. Hay que afirmarlo así, porque su puesta en práctica se hace, por primera vez, en países germánicos.

La experiencia se inicia probablemente en Prusia, pasa a Austria, se remodela en el Imperio Alemán, y es recibida en España, en una variante que es muy parecida o similar a la que mantienen suizos y austriacos. ¿En qué consiste el incentivo y la restricción, es decir, la esencia del modo de funcionamiento del registro germánico?

El sistema germánico se toma la prioridad absolutamente en serio. Cuando entra un derecho en la oficina, se produce lo que se llama en el *argot* hipotecario un efecto «cierre», no puede entrar ya ninguno contradictorio en todo o en parte. No hay posibilidad, en los sistemas germánicos, de que los libros publiquen derechos contradictorios.

Cada finca tiene un solo propietario y cada derecho un solo titular. Habiendo entrado la primera compra, no puede ya entrar la segunda o un gravamen parcial incompatible. Si dos títulos contradictorios pretenden ingresar, lo hace sólo el válido o, si los dos son válidos, sólo el primero y el segundo queda reducido a una posición jurídicamente de grado muy inferior.

En Alemania y Austria queda reducido a la nada. En Suiza queda reducido a la nada. En España vale lo que valga la publicidad aparente de la posesión.

Ahora bien, como sólo entra un derecho, hay que asegurarse que el título que fundamenta ese derecho, sea bueno o válido; es decir, como sólo entra uno, hay que asegurarse de que entre precisamente el válido.

Es, por ello, también, una de las premisas del sistema alemán, el control. En las contadurías y conservadurías, como lo que importaba era que entrasen todos los títulos para que luego el particular pudiese por su cuenta reconstruir el mapa jurídico de la finca, no hay filtros o controles.

En el sistema revolucionario francés lo único que interesa es guardar con fidelidad el orden de presentación.

En los sistemas germánicos entran, en cambio, sólo los derechos que se entienden válidos; lo que no perjudica a otros titulares inscritos —o que cuentan como inscritos aunque no lo estén (derecho de naturaleza pública)— lo que no perjudica a los acreedores del vendedor, en fin, lo que no debe perjudicar a futuros adquirentes del mismo derecho. Es más, deben entrar derechos claros, perfectamente separados y bien determinados.

Porque es así, porque solamente entra uno y entra el que se entiende que es válido, el sistema germánico da otro paso fundamental, trascendental, que rompe con toda la tradición romana y latina: el paso consiste en eso que en el *argot* hipotecario se llama «fe pública».

En definitiva, quizá no sea una imagen muy apropiada, pero me voy a atrever a exponerla: el derecho que entra en un sistema germánico es un derecho que vamos a llamarle «patentado», de tal modo que la información que proporciona el libro, el folio, a efectos de los terceros, se confunde con el derecho; el tercero que confía en el relato que hace el asiento adquiere en las

condiciones que dice ese asiento, si tiene buena fe. No es que el asiento siga al derecho, es que el derecho sigue al asiento. A los terceros sólo les importa el relato que se hace en el folio de la oficina.

Esta es una intervención fortísima en la propiedad porque, en el caso de que el relato sea inexacto, de que el control sea defectuoso, los titulares de derechos que entren en colisión con el inscrito, empezando por el verdadero propietario, resultan «expropiados» por la declaración que hace el asiento.

VIII. LA RESPONSABILIDAD POR FALLOS DEL SERVICIO

Por lo tanto, en estos sistemas, el problema esencial, una vez admitida una intervención tan fuerte en los derechos de propiedad por el Registro, es, primero, cómo asegurarse de que no van a fallar los controles y, segundo, en caso de fallar, garantizar que existe un adecuado sistema de responsabilidad que permite indemnizar adecuadamente a los perjudicados por los posibles daños producidos por el anormal funcionamiento del servicio.

Estas dos cuestiones, dentro de los sistemas germánicos, no han recibido siempre la misma solución. Voy a tratar de poner una imagen para definir las características de los que me parece que son los sistemas de control más usados.

En el sistema alemán puro, que rige en la República Federal desde 1900 —una variante del sistema germánico, prusiano, original— antes de entrar un derecho, vamos a llamarle, en el «club de los derechos protegidos», tiene que pedir autorización de todos los que ya están dentro.

Necesita, por decirlo así, la autorización individual prestada por cada uno de los que ya forman parte, o son miembros, de ese «club de los derechos protegidos». Imaginémonos un hotel: para entrar en él, se precisa el consentimiento individual de todos los que ocupan, ya, habitaciones en ese hotel, obtenido a través del correspondiente videoportero.

En la otra modalidad, que es la austríaca, la suiza, la española y la inglesa, el permiso de entrada no lo dan, individualmente, los socios beneficiarios del «club» que ya gozan de la protección sino un portero a quien se encomienda específicamente esa función de control.

Su papel es velar porque la integridad de los derechos que ya han ingresado, y por tanto hay que proteger, no sufra al dar entrada al nuevo que pretende entrar. En resumen, que el ingreso de los nuevos derechos no perjudiquen a ninguno de los antiguos.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, esta opción no es indiferente. Los alemanes pudieron asumir con facilidad la responsabilidad de la gestión del servicio porque, en último término, quienes se han equivocado, si el control fue erróneo, son los mismos perjudicados que autorizaron el asien-

to. El permiso de entrada, en efecto, fue concedido por los posibles perjudicados por el ingreso.

Si ellos se equivocan en el juicio, ellos serán también, en último término, los responsables y por tanto deberán soportar los daños y perjuicios. La Administración alemana descarga, por lo tanto, en los usuarios y particulares, la responsabilidad última por los fallos en el funcionamiento del servicio.

En el sistema, en cambio, de portero, de controlador, de juez o registrador, la responsabilidad por la equivocación en la inscripción recae sobre el órgano que la practica, que la autoriza. Esto, como pueden ustedes suponer, plantea un problema de agencia tremendamente complicado.

El controlador es el que con su decisión ha causado el daño. El controlador forma parte del Estado. El Estado, por lo tanto, debe ser responsable.

El sistema Torrens fue una elegantísima solución a este problema, porque obliga a constituir un fondo mutuo de seguro con las aportaciones de todos los usuarios del servicio. Hay que tener claro, de todos modos, que adolece de un grave defecto: pueden surgir problemas cuando lleva pocos años funcionando porque el fondo no será todavía lo suficiente generoso para cubrir los daños generados por los posibles siniestros. Pero una vez que ha sido instalado y está consolidado, hace frente a la responsabilidad con notable rigor.

La responsabilidad estatal pura que existe en otros países también plantea problemas de agencia. Por ello, en algunos cantones suizos, Inglaterra, Francia y España, esos problemas de agencia han tratado de solucionarse haciendo responsable directamente con su patrimonio personal al funcionario controlador y descargando de esta forma también la responsabilidad del Estado. Ahora bien, como los daños pueden ser muy elevados y el patrimonio personal resultar insuficiente, en todos ellos se ha impuesto, de una u otra forma, un sistema que responsabiliza a todos los operadores por los fallos cometidos por cada uno.

Esta responsabilidad colectiva determinará, por su parte, que todos los controladores tengan también el derecho a vigilar la conducta de cada uno («todos para uno y uno para todos»: Sistemas de Agencia o de Colegio).

IX. LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

En fin, ya para terminar, querría hablarles de lo que me parece, quizá, sea más interesante para ustedes: la difícil experiencia de implantación del sistema español en 1861, y los gravísimos problemas con que se encontró, para su entrada en vigor, la Ley Hipotecaria; una ley hecha por liberales moderados, que no tuvieron, sin embargo, problemas en aplicar métodos jacobinos.

Quisieron pasar de un sistema de contadurías, del que les hablé, a un sistema germánico simplemente en un año, de tal manera que los propietarios y titulares de derechos que no tenían la costumbre de llevar sus títulos a los oficios de hipoteca —que sólo los llevaban cuando necesitaban la inscripción para el ejercicio de acciones judiciales, tal como habíamos visto—; se vieron de pronto conminados por una ley a inscribirlos en el plazo de un año porque, si no lo hacían, el que se adelantase a hacerlo, podía impedir el acceso de todos los contradictorios, aunque fuesen, el primero, un usurpador y, los segundos, los verdaderos titulares.

Las resistencias, claro está, fueron brutales. La prórroga que estaba pensada de un año, para la aplicación efectiva del nuevo sistema, fue sucesivamente prorrogada.

A finales del siglo XIX, curiosamente en la década revolucionaria, quiero decir republicano progresista, así se llamaba, se inició una corriente que acabó por optar por una solución menos drástica.

Se entendió que el tránsito no se debía hacer para todas las fincas de la nación de golpe, sino que había que dar a cada finca la posibilidad de elegir el momento en que podía solicitarlo y, de este modo, decidir, para esa finca, el momento de entrada en vigor de la nueva ley.

Cualquiera de los titulares de un derecho sobre una de las fincas o sobre cualquiera de las fincas podía forzar, cuando le conviniese, sin sujeción a plazos, la entrada en el nuevo sistema. No había un corte con el pasado total e instantáneo, para todo el país, sino un corte individual, finca por finca.

Una vez que ingresaba un derecho en el Registro, todos los que tenían derechos sobre esa finca debían traerlos en el plazo de dos años, pasados los cuales quedaban sin fuerza real los contradictorios.

Lo cierto es que, con diferentes suertes, diferente extensión, debemos decir que sólo, a mediados de este siglo, el sistema recibió una aceptación generalizada y que, en general, con muy puntuales excepciones, se ha implantado sólidamente en el país.

X. BREVES APOSTILLAS FINALES

Primera pregunta: *¿Qué valor tiene la posesión frente a la inscripción? o lo que es lo mismo, ¿cuál es la fuerza del Registro frente a posesión adversa o contra tabulas?*

En general, lo que podemos decir es que hay cierta distancia entre lo dispuesto en ley y la práctica de los Tribunales, o que una cosa es la disposición legal y otra cierta práctica de los Tribunales.

En el sistema de 1861, no hay derechos con publicidad posesoria —desde luego no la usucapión (la llamada «posesión adversa») —, que pudiesen perjudicar al que adquiriera basado en la información del Registro. El Tribunal Supremo, sin embargo, que, en los primeros años, aplicó puntillosamente la ley, encontró un primer boquete para reconocer la posesión adversa en las llamadas servidumbres aparentes; por ejemplo, las luces y vistas se pueden y deben apreciar por el comprador simplemente inspeccionando la finca.

Así fue como las servidumbres aparentes fueron el primer supuesto en el que el Tribunal Supremo admitió que la carga subsistía aunque no constase en el Registro y apareciese un tercero.

A partir de ahí, dio un segundo paso más importante todavía. Sostuvo que determinadas posesiones, algunos hechos posesorios, en algún tipo de fincas, eran lo suficientemente visibles también como para destruir por contrapublicidad de hecho la del Registro al igual que las servidumbres aparentes. Para algún caso —por ejemplo, cultivos de rotación muy corta, también las viviendas urbanas—, el adquirente que no inspecciona la finca, poseída por persona que no era titular según el Registro, podía ser perjudicado por esa posesión.

Hoy, el Tribunal Supremo se balancea entre la llamada publicidad formal o registral y publicidad posesoria; y acepta que, cuando la contrapublicidad posesoria es clara, perjudica al titular inscrito.

En definitiva, la jurisprudencia impone a quienes quieran servirse del Registro con garantías la carga de inspección de la finca para asegurarse de que no hay posesiones contradictorias con la del derecho de la persona que lo vende.

Segunda pregunta: ¿Cómo se hizo el traspaso de tierras para la construcción de los ferrocarriles y cómo fue posible, en vista de este caos, un traspaso de tierras tan importantes? ¿Cómo pudieron sentirse los adquirentes seguros en sus derechos?

No puedo dar una información concreta —aunque hay que pensar que ferrocarriles y minas eran concesiones y gozaban del beneficio de la expropiación—, pero me he detenido un poco en estudiar, en vista a ese caos de la segunda mitad del xix, cómo pudo efectivamente funcionar el crédito territorial y la conclusión a la que llegué es que, dentro de ese caos, el Ministerio de Economía y Hacienda, para salvar su Banco de crédito territorial, construyó un régimen privilegiado de defensa de los derechos que se hipotecaban a ese Banco. Las cédulas hipotecarias que se emitían sobre estas garantías seguras, como estaban monopolizadas por el Banco, se ofertaban a los prestamistas extranjeros. Por lo tanto, se creó un sistema muy especial

para las hipotecas del Banco Hipotecario de España, especialmente fuerte en la protección de los derechos inscritos y en la ejecución de las hipotecas.

Para la constitución de este Banco, sin duda, influyeron las ideas de Pi y Margall, opuestas a las de Jovellanos, cuyo papel en este punto y otros está todavía por determinar. Frente a las hipotecas del Banco, sólo eran oponibles los derechos que estaban inscritos en el Registro; el resto sólo en la medida que resultasen de las Contadurías, cuya protección fue prorrogada; por tanto, frente al Banco sólo importaban los derechos que constaban registrados.

De este modo, por así decirlo, frente al Banco Hipotecario se adelantó la puesta en vigor de los principios de la Ley hipotecaria, que como sabemos no entra verdaderamente en vigor hasta 1909, debido a sucesivas prórrogas.

En resumen, a todos los efectos, desde los años setenta del siglo xix, los asientos registrales producen efecto de fe pública en beneficio o privilegio del Banco Hipotecario. Tiene mucha importancia el Banco Hipotecario sobre todo en materia de ferrocarriles porque financió indirectamente, pagando el *déficit*.

Tercera pregunta: ¿Es lo suficientemente flexible el sistema? ¿No hace discriminaciones entre propietarios?

El modelo que se intentó implantar en 1861 era tremendamente rígido. Si el proceso de inmatriculación se iniciaba durante el plazo que la ley fijaba, se producía lo que nosotros llamábamos «purga de derechos». Sobre esta base firme, después, las sucesivas transmisiones serían completamente seguras. Pero precisamente, debido a las dificultades que hubo en la transición, esta oferta rígida se vio obligada a abrirse extraordinariamente.

Lo primero que hay que decir es que el Registro al poco tiempo se flexibilizó en España —y dejando ahora las dudas que usted ha planteado con el principio de igualdad, quizá porque nosotros no tenemos una tradición tan elaborada como la anglosajona en esta materia— el Registro ofertó dos tipos de protecciones: una protección débil, lo que se llamó la «Inscripción Posesoria» y la inscripción típica, en cambio, de eficacia mucho más fuerte.

La «Inscripción Posesoria» consistía simplemente en un asiento de publicidad, que no producía ninguno de los efectos fuertes que en cambio se daba para el registro del título. Y de hecho podemos asegurar que por mucho tiempo —no diría mayoría, pero en una cantidad significativa— las inscripciones fueron posesorias.

Quedaba, así, al arbitrio de cada parte, el poder decidir el tipo de seguridad que quería, porque había personas que sólo pretendían una publicidad negativa —o sea, que no viniera un usurpador amparado en el Registro y les quitase su propiedad—; y otro tipo de personas que querían una publicidad positiva y querían acceder al crédito. Esta doble opción funcionó durante muchos años.

A finales del siglo XIX, frente a esta alternativa, se ensayó otra, lo que he llamado en otro lugar inmatriculación o primera inscripción «retardada». Funcionaba en forma muy parecida a aquel binomio *mancipatio/usucapio*, del que hablamos en Derecho romano y que se ensayó con gran originalidad en el Derecho medieval (sistema de purga).

¿En qué consistía esta inmatriculación? En que una persona entregaba su título en el Registro y no se producía la purga automática de los posibles derechos contradictorios, sino que, durante un tiempo funcionaba con efecto *recording*, pero, al cabo de dos o tres años, sí producía efectos inmatriculadores puros con purga, si no había quejas judiciales.

No era pues una inmatriculación rápida, instantánea, que subsiste por otra vía (expediente judicial inmatriculador), sino una inmatriculación distinta, una inmatriculación «retardada» (por título público), que no producía efectos en un período largo de dos años, durante el cual los posibles perjudicados podrían reclamar sus derechos ante la autoridad judicial y enervar por lo tanto, su posible fuerza inmatriculadora.

El sistema hipotecario, como se ve, fue fruto de nuestra propia experiencia y el sistema, tal como se concibió en 1861, como consecuencia de sucesivos ensayos, cambió profundamente, de tal manera que poco tiene que ver con el sistema que hoy rige en la actualidad.

Hoy se puede elegir entre una inmatriculación rápida pero no vigorosa, y una inmatriculación lenta y, claro está, más fuerte. Puede usted acudir a una purga judicial, más o menos intensa, usando del expediente de dominio, o puede preferir una inmatriculación (por título público) con eficacia retardada hasta concluido un período de dos años.

Por lo tanto los costes y los gastos de inmatriculación también depende de la seguridad que desee el inmatriculante y, por tanto, del interés que se tenga en acudir inmediatamente al crédito.

Cuarta pregunta: *¿En el caso de fallos del sistema hay un buen fondo de responsabilidad? ¿No hay sobornos?*

Los Registros, que se han experimentado en Europa, tal como los he leído y estudiado, son organizaciones públicas y es ahí, por así decirlo, en donde está la sustancia de la cuestión, el problema por el que se pregunta.

Creo que los Registros Públicos, tal como funcionan, puedan superar los problemas de rapidez; otra cosa es la seguridad. Es decir, la necesidad de garantizar una gestión diligente y adecuada de los derechos de modo que no se pierdan por quienes no lo merecen: ese es el verdadero problema.

En general, los Estados se han visto envueltos en un dilema difícil de resolver:

O para hacer una inscripción fuerte en la que se pueda confiar (y por tanto puedan los prestamistas prestar), se llama a todos los posibles perjudicados por el asiento que se solicita, se les hace comparecer en el procedimiento, con los correspondientes gastos o retrasos; y así el Estado no incurrirá nunca en responsabilidad, porque todos los posibles afectados o perjudicados estaban presentes en el procedimiento.

O, por el contrario, se da un margen de gestión de los intereses de esos posibles perjudicados, al que podemos llamar el Juez del Registro; ahora bien, si se dejan intereses de esas personas, porque no se les llama al procedimiento de inscripción, en manos de los Jueces del Registro, se generan necesariamente graves riesgos de responsabilidad por fallos en el control.

Los países europeos han respondido a esta cuestión de diferente forma y, si quieren, luego nos podemos entretener en analizar esta variable experiencia de gestión.

En concreto en Alemania, en Suiza o en España, se ha tratado siempre, por el Estado, de descargar en la medida de lo posible la responsabilidad por fallos del servicio, que es siempre mayor, a medida que las inscripciones tienen más fuerza y, por tanto, se da más poder o discrecionalidad al Juez encargado del Registro.

Hay aquí una ley muy sencilla: a más discrecionalidad del Juez del Registro, más reservas del Estado a admitir la responsabilidad. También aquí se realizaron una variada gama de experiencias —todas discutibles; al hablar de la flexibilidad, nos pasó otro tanto de lo mismo.

La experiencia alemana, tal y como la conocemos, facilita mucho la gestión de la responsabilidad por fallos del servicio. El Estado alemán es responsable del funcionamiento del servicio, porque sigue a rajatabla un sistema de *numeros clausus* en la definición de los derechos. Los derechos están definidos en ley, sin posibilidad de variación, por lo que se facilita terriblemente el proceso de inscripción y desaparece casi toda posibilidad de superposición de derechos. La máquina registral funciona como un motor bien engrasado. No es esa la opción seguida, en cambio, en Suiza, Austria, norte de Italia y España, donde se ha permitido una fuerte flexibilidad a la hora de construir los derechos («trajes a medida») y, por tanto, los tipos hasta cierto punto, son muy abiertos. La flexibilidad, sin embargo, incrementa los costes de gestión o administración del sistema.

En fin, para terminar, sólo una última observación. En lo que se refiere a la velocidad, hay que atender no sólo a la velocidad de entrada sino también de salida:

- i) Primero, sólo una advertencia: ¡claro que hay que evaluar también la velocidad de salida de los sistemas latinos de *recording*!: entran con facilidad los documentos, pero las salidas presentan notables *déficits*

de información, por lo que se precisa completarla con una investigación privada posterior. No hay garantía sólida de comprar a quién corresponde hasta que efectivamente se haya hecho esa investigación. Pocos costes, con mucha rapidez de entrada, pero con cierta lentitud de salida.

- ii) Segundo, la ventaja comparativa de los sistemas de inscripciones de derechos (no de documentos) es que tienen, claro está, un coste superior de entrada, pero la salida no precisa complementos de investigación o comprobación posterior.

En resumen, la experiencia europea no se mueve entre dos modelos perfectamente diferenciados, no es una apuesta maniquea, sino que ofrece un conjunto de alternativas o variantes muy distintas, que precisaría un estudio muy pormenorizado. Algún tiempo me dediqué a eso, y de verdad me asustó la cantidad de alternativas: el austríaco, el suizo, el alemán, el español, son todos sistemas que tienen, sea en materias de gestión, sea en otros puntos, diferencias muy importantes.

Por lo demás, el sistema de *recording* produce una cierta multiplicación de los esfuerzos, es redundante en cierta medida. La información que produce una póliza de seguros, juega como suelo de la investigación que, para la siguiente compra, realiza la segunda compañía de seguros. Pero pregunto yo:

¿Qué pasa con las plusvalías inmobiliarias? La primera póliza debió cubrir un valor de mercado de los años, pongamos, sesenta, cuando se hace la segunda transmisión, pongamos en el año noventa, evidentemente la primera póliza ya no cubre todo el valor en venta. Pues bien, ese exceso de valor que queda en descubierto en las anteriores transmisiones, ¿quién lo cubre? ¿La nueva Compañía que se fía de la investigación de las anteriores y sin más, sin investigar los títulos, aumenta la cobertura de su póliza a las transmisiones anteriores por los excesos de valor? ¿o, por el contrario, tiene que hacer ésta una nueva investigación de los títulos para cubrir la superior responsabilidad que pueda derivar del aumento de valor de la propiedad, y que ya no está cubierta por las pólizas antiguas?

Quinta pregunta: *¿La defensa de la propiedad a través del Registro tiene algo que ver con el progreso del constitucionalismo?*

Los organismos internacionales que financian la implantación de Registros, si he entendido bien, tratan de lanzar un mensaje a posibles inversores, propios y extraños, sobre la credibilidad que merecen los Estados que, mediante una inversión específica en el Registro de la Propiedad, se comprometen en que no van a tomar decisiones arbitrarias en contra de los propietarios.

Cuando estuve en Rusia me llamó una cosa poderosamente la atención, que confirma todo esto. Había unas colas tremendas para inscribirse en el Registro de la Propiedad y no había ninguna hipoteca. No supe entender lo que pasaba, ahora tengo una perspectiva de lo que sucedía: en realidad los propietarios inscribían para protegerse contra el Estado.

De todas maneras si se me pidiese que recomendase dónde hacer una inversión específica, elegiría la Jurisdicción, más que los Registros de la Propiedad, porque probablemente la inversión en Jurisdicción permite, además, que funcionen los mismos Registros no solamente como un instrumento de publicidad, sino también de acceso al crédito.

Por lo demás, los Registros, aunque se monten sólo como garantía reputacional de un Estado fiable, nunca funcionarán eficazmente si no gozan del respaldo de una Jurisdicción eficaz.

La finalidad de los legisladores hipotecarios españoles, en plena desamortización y con problemas con la curia eclesiástica, no era sólo ofertar una garantía a aquellas personas que compraban bienes desamortizados que de poco iba a servir frente a una involución, o sea, una expropiación legislativa. Lo cierto es que nunca fue ese su único propósito. Los legisladores de 1861 no sé si querían proteger a los compradores de bienes desamortizados frente a la expropiación del Estado, lo que, desde luego, también pretendían es que fuera también un instrumento eficaz de acceso al crédito barato.

La diferencia entre uno y otro objetivo es que el segundo necesita una jurisdicción fiable que resuelva las dudas que se planteen no sólo en la fase de registración sino también que ejecute los pronunciamientos registrales ya practicados, de forma rápida, previsible, segura, fiable. Porque, insisto, sin Jurisdicción, un Registro solamente es una garantía reputacional contra el «oportunismo del Estado» (es decir, abuso de la expropiación), pero no durará mucho tiempo si no sirve para algo más, esto es, si no define con completa fiabilidad la propiedad.

Claro está que pueden entenderse esas políticas de promoción de Registros, que financian las instituciones financieras internacionales, como una oferta de garantías frente a posibles cambios en las políticas fiscales y expropiadoras; pero los Registros, si quieren sobrevivir, necesitan algo más.

La experiencia occidental es que la inversión en jurisdicción es esencial, el «debido proceso», una de las garantías básicas que ha trasladado la Constitución americana a los países europeos, se ha mostrado como un presupuesto fundamental para erigir todos los demás mecanismos administrativos complementarios que se quieran. La jurisdicción se ha visto siempre, por ello, como el núcleo central de todo ese conjunto de mecanismos administrativos complementarios, y, por tanto, de los Registros en particular.

Por último, quiero destacar que existe, muy probablemente, una relación entre la falta de Registros fiables y la prisión por deudas. Es así porque las

dificultades que encuentra el propio Gobierno, en el sistema de seguro, para obtener información sobre la titularidad de los derechos reales, las tienen que tener también los acreedores a la hora de ejecutar sus créditos. En consecuencia, parece que el sistema judicial debe tener ciertos problemas con los embargos de fincas para garantizar las reclamaciones judiciales de las cantidades reclamadas.

En fin, resta sólo decir, a modo de conclusión, que las políticas de promoción de Registros sirven a muchas finalidades: reputación (propaganda) de estabilidad política; garantías competitivas para atraer capitales; defensa de los acreedores frente a enajenaciones y donaciones fraudulentas, y facilitación de las políticas sociales de los Estados y de la ejecución judicial de los créditos impagados. Como se ve, estamos ante un organismo muy polivalente.

RESUMEN

DERECHO DE PROPIEDAD

Es un lugar común decir que no hay crédito sin garantía; pero, cabría añadir, no hay garantías inmobiliarias sólidas sin derechos de propiedad seguros.

En efecto, generar derechos de propiedad seguros no es cosa fácil; sobre todo, si como hoy pasa, se pretende que nazcan de simples contratos. La eficacia de los contratos se limita a las partes contratantes, pero los derechos reales lo son sólo en tanto perjudiquen a terceros.

Es por ello que el «tránsito» del contrato al derecho real sería imposible, si no contásemos con la existencia de una serie de organizaciones o sistemas de apoyo pensados para facilitar la extensión a terceros extraños de la eficacia de negocios que, en principio, tienen sólo carácter vinculante inter partes.

A tratar de exponer, de forma breve y sencilla, las ventajas comparativas de las distintas organizaciones o sistemas, más usadas en Derecho comparado con este fin, se dedican las páginas de este trabajo.

ABSTRACT

PROPERTY RIGHTS

It is a cliché to say there are no loans without collateral, but one might also add that there is no solid real collateral without secure property rights.

No, it is no easy feat to generate secure property rights, especially if, as happens today, property rights are supposed to be created under simple contracts. A contract's efficacy is restricted to its parties, but the whole point of in-rem rights is to work to the disadvantage of third parties.

That is why the «passage» from contract to in-rem right would be impossible if we didn't have a series of supporting organisations or systems designed to facilitate the extension to outside third parties of the efficacy of acts that are, in origin, only binding to their parties.

To endeavour to explain, briefly and simply, the comparative advantages of the different organisations or systems most widely used for this purpose in comparative law is the object of this paper.

(Trabajo recibido en julio de 2002 y aceptado para su publicación el 24-2-2006)