

Una reflexión personal sobre la función notarial en el tráfico sobre inmuebles. Su relación con las distintas modalidades de organización de la seguridad preventiva

NOTA PREVIA

El trabajo que subsigue está redactado en septiembre de 1998, con la finalidad de formar parte de un libro-homenaje al especialista brasileño, Juez e Inspector de los Registros, doctor GILBERTO VALENTE DA SILVA, cuya publicación se ha retrasado por diferentes motivos. De todas formas, al releerlo con motivo de un viaje reciente a Brasil, después de la celebración del último Congreso Internacional de Derecho Registral, me ha parecido oportuno publicarlo en la *Revista Crítica*, en la medida en que su contenido sigue respondiendo a las mismas ideas que me llevaron a realizarlo. Por ello no he introducido en estas notas ninguna rectificación ni adaptación, pese a los casi tres densos años transcurridos desde la fecha citada. Por otra parte, quiero hacer constar mi agradecimiento a la doctora LEA EMILIA BRAUNE PORTUGAL, presidenta de ANOREG BR, Asociación de Notarios y Registradores de Brasil, por su gentileza al acceder a que tenga lugar la publicación de este artículo con anterioridad a la del propio libro homenaje, de cuya confección se encarga la Asociación mencionada.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. EL NOTARIADO: A) EL NOTARIO LATINO: a) *Su carácter de fedatario público*; b) *Su carácter de funcionario*; c) *Su carácter de jurista*. B) EL NOTARIO ANGLOSAJÓN.—II. LOS SISTEMAS DE SEGURO DE TITULOS Y DE REGISTRO INMOBILIARIO: A) EL SISTEMA DE SEGURO DE

TÍTULOS: a) *Sus costes financieros*; b) *La posibilidad de infraseguro*; c) *La indemnización dineraria*; d) *La eficiencia previsible del sistema*. B) Los SISTEMAS DE REGISTRO INMOBILIARIO: a) *El registro de documentos*; b) *El registro de derechos*. 1. La eficacia del negocio traslativo. 2. La tipificación de los derechos inscribibles.—III. LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO EN RELACION CON LAS DISTINTAS MODALIDADES DE ASEGURAMIENTO DEL TRAFICO INMOBILIARIO: A) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE SEGURO DE TÍTULOS. B) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS CON EFICACIA LIMITADA AL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD: a) *El origen del Notariado en su versión latina*; b) *Las características del tráfico tradicional*; c) *Las características del sistema registral basado en el efecto de inoponibilidad*. 1. La calificación jurídica del negocio documentado. 2. El enjuiciamiento sobre la titularidad y cargas del inmueble objeto de la transacción. C) LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN LOS SISTEMAS DE REGISTRO DE DERECHOS: a) *Sistema de transmisión abstracta*; b) *Sistema de transmisión causal*. 1. La intervención técnica del notario latino y la formación jurídica de la transacción inmobiliaria. 2. El control de legalidad desde el punto de vista registral.—CONCLUSION. LA DISTINCION ENTRE LAS CARACTERISTICAS Y LA FUNCION DEL NOTARIADO: a) *Las características de la función notarial*; b) *El contenido y los fines de la función notarial*.

INTRODUCCION

Las ideas que se van a exponer a continuación nacen de una reflexión puramente personal, como expresa el propio título del trabajo, y no suponen una primicia plena, en la medida en que he aludido a ellas en alguna ocasión, aunque siempre de forma muy breve y como cuestión lateral en relación a los temas objeto de cada intervención (1).

Adelantaré, como primera impresión que en alguna medida enmarca este breve trabajo, que, desde mi punto de vista, vivimos unos momentos históricos en los que todas las instituciones jurídicas están sujetas a revisión. Este fenómeno apunta a todo tipo de manifestación jurídica, tanto en el campo del Derecho público, como en el del Derecho privado. Es más, esta misma diferenciación entre dos ramas del Derecho, que no se evidencia demasiado en los ordenamientos anglosajones, pero que es tradicional en el llamado Derecho continental del que procedemos nosotros, se va desdibujando en la medida en que el interés público y el interés privado, nociones características de la distinción, pierden su propia identidad independiente, para interrelacionarse

(1) En este sentido, cabe señalar la conferencia pronunciada con ocasión de las sesiones inaugurales del Centro para la Investigación del Derecho Registral, Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Barcelona, 1996, o la intervención en la sesión plenaria de la Asamblea de los miembros de la Institución do Registro Inmobiliario de Brasil, celebrada el día 17 de septiembre de 1997, en Belo Horizonte, bajo el título «La eficacia jurídica y económica de la función registral».

de forma decidida, como tendremos ocasión de ver luego, al tratar de las características actuales de muchos instrumentos públicos (2).

Pues bien, en el tráfico inmobiliario moderno y en las normas de Derecho objetivo por las que se rige, esta necesaria revisión también tiene lugar. Vivimos y trabajamos inmersos en instituciones centenarias que nacieron y se desarrollaron contemplando el fenómeno decimonónico del nacimiento del mercado inmobiliario. La explotación de los bienes inmuebles por la generalidad de los ciudadanos exigió en su momento una reorganización a fondo de los instrumentos jurídicos que facilitaran y permitieran su tráfico, lo que supuso el necesario aseguramiento de la titularidad de los derechos sobre tales bienes y, sobre todo, de las hipotecas constituidas sobre los mismos. Se trataba, sobre todo en los ordenamientos de la órbita jurídica de tipo germánico y latino, de dar cumplimiento, por vía de instituciones típicamente civiles, a un interés general evidente que beneficiaba a toda la comunidad.

Así, desde un punto de vista estrictamente privatístico, y en función de la tradición civil de cada país, se modernizó el Notariado y se crearon los distintos tipos de Registro Inmobiliario, que sin grandes modificaciones subsisten hasta nuestros días. Lo que se intentaba y, de hecho se conseguía, era que los operadores jurídicos definieran jurídicamente el negocio de que se tratara, y que el Registro de la Propiedad asegurara la titularidad dominical y la de los llamados derechos reales menores, es decir, los que facultan al sujeto activo para el ejercicio de determinadas facultades normalmente integradas en la propiedad.

Hoy día esta necesidad de aseguramiento del tráfico que, como decía antes, obedeció a un interés público indudable, se complementa con otras exigencias situadas directamente en el campo de la economía, o dicho de otro modo, de la ciencia y la actividad política que estudia y decide sobre la más adecuada o idónea forma de explotación de un bien escaso, como es la riqueza inmobiliaria. En este sentido, la transacción sobre bienes inmuebles está sometida a una doble necesidad:

(2) La interdependencia entre el Derecho público y el Derecho privado fue puesta de manifiesto de una forma especialmente brillante por el profesor FEDERICO DE CASTRO, al señalar que tanto en el Derecho objetivo como en las instituciones que contemplan sus normas, se produce la confluencia de dos grandes principios, el de personalidad y el de comunidad, que definen la adscripción de la norma a uno u otro campo del Derecho. Así, el primero es el esencial para que la persona realice sus fines básicos, a través de su inserción en la organización comunitaria, mientras que el segundo se constituye en la base instrumental de protección de los intereses generales de la propia comunidad jurídica, de tal forma que sin el adecuado cumplimiento de este segundo principio se hace muy difícil o imposible que la persona, sujeto último del derecho, pueda desarrollarse en libertad y justicia.

- De una parte, es esencial que quien pretende la adquisición de una situación de poder, que le permita el tipo de explotación que quiera llevar a cabo sobre el bien inmueble, obtenga con rapidez y fiabilidad los datos sobre la titularidad y el alcance del derecho que pretende adquirir, necesidad que siempre ha existido, pero que ahora se matiza con la idea de que el conocimiento de tal titularidad no origine unos costes que hagan inviable o muy costosa la transacción pretendida.
- De otra, el tráfico no puede desarrollarse, o lo hará con más dificultades y menor inversión, si el adquirente tiene que preocuparse y, por tanto, destinar una parte de la financiación de la explotación a la vigilancia jurídica de su titularidad con el fin de defenderse adecuadamente de quién, con un pretendido mejor derecho, le discuta tal titularidad o entienda que está gravada con cargas no conocidas.

Esta doble necesidad, sobre todo en su versión económica de minoración de los costes de información y de supresión de los costes de vigilancia, o dicho de otra forma, de los costes necesarios *ex ante* contrato y *ex post* contrato, constituye el centro de atención más importante en el estudio y organización del tráfico inmobiliario, hasta el punto que hace necesaria la contemplación seria y constante del problema por los que nos dedicamos al estudio de su protección jurídica (3).

La pregunta, ante esta situación, es obvia. ¿Las tradicionales instituciones notariales y registrales deben ser reestudiadas a la vista de las nuevas necesidades que rodean al tráfico moderno sobre inmuebles? La contestación positiva se apoya en una idea importante. Si estas instituciones no responden a los fines que hoy les exige el mundo actual, las naciones que las organizan experimentarán un desarrollo económico menor, puesto que la alternativa de

(3) Estas nociones, relativamente nuevas, sobre la función económica de los sistemas jurídicos de seguridad preventiva, esencialmente la notarial y la registral, vienen siendo en los últimos tiempos objeto de atención constante en los Congresos y Reuniones de Notarios y de Registradores de la Propiedad. Como resumen de las ideas mejor expuestas sobre la materia, cabe citar el trabajo del registrador español FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, *La función calificadora: Una aproximación desde el análisis económico del Derecho*, apoyado en las tesis más actuales de la producción científica del análisis económico, especialmente de ROBBINS, COASSE, BECKER y sobre todo de NORTH y THOMAS. El criterio que inspira a MÉNDEZ parte de la idea de estos últimos de que «el crecimiento sólo tendrá lugar si la organización económica existente es eficaz y, en consecuencia, suministra a los individuos incentivos para emprender actividades socialmente deseables. Ello implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de orientar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una equiparación entre tasa privada y social de beneficios», es decir, a un sistema en el que los costes de transacción se contemplen como un elemento determinante de la eficiencia económica del propio tráfico.

inversión se dirigirá inmediatamente hacia los mercados que resuelven adecuadamente estos problemas.

Es más, este fenómeno se notará, con carácter más o menos inmediato, tanto en lo que se refiere a la organización interna del mercado inmobiliario, como a la inversión externa en el mismo, realidad que se está contemplando directamente en aquellos países que intentan transformarse rápidamente desde un sistema de economía de los llamados de «socialismo real» a una economía de mercado apoyada en organizaciones políticas de tipo democrático.

Por tanto, esta necesidad de revisión nos obliga a reestudiar desde nuevos tipos de vista las características esenciales del Notariado y del Registro, tal y como lo conocemos y en su previsible porvenir. Además, es preciso llevar a cabo este trabajo sin condicionamientos previos, con libertad de espíritu y mirando hacia el futuro, que es, en definitiva, en donde vamos a vivir, tanto nosotros como los que nos sucedan. Con este criterio se elabora esta reflexión que no pretende otra cosa que exponer un criterio personal en la confianza que será acogido sin reticencias, pues con esa intención se escribe.

El Notariado y el Registro Inmobiliario, como tantas veces se ha dicho, son instituciones íntimamente interrelacionadas, aunque su nacimiento histórico no coincida en el tiempo ni tampoco se produzca tal coincidencia plena en la materia objeto de ambas funciones. Sin embargo, en el ámbito del tráfico sobre los bienes inmuebles, los notarios y los registradores viven juntos los problemas que se suscitan, piensan o deben pensar también conjuntamente en sus posibles soluciones y sirven a idénticos intereses individuales y colectivos. Ahora bien, históricamente, ambas instituciones alcanzan hoy un distinto grado de intensidad y de eficacia según los distintos ordenamientos, lo que a veces genera, a mi juicio, algunas distorsiones conceptuales y determinadas situaciones polémicas nada beneficiosas para el país que las sufre ni para los profesionales que sirven estos oficios.

Por tanto, en este trabajo se examinarán separadamente las características de los diferentes tipos de Notariado y las peculiaridades de las distintas modalidades de Registro, a la luz de lo expuesto con anterioridad. No se trata, evidentemente, de realizar un examen exhaustivo de la materia, sino de fijar los presupuestos esenciales con un criterio de síntesis, para concluir con alguna idea sobre lo que podría entenderse como una solución ideal, no acomodada hoy a la realidad de ningún país, pero que puede servir de base para determinadas discusiones y para la obtención de criterios comunes.

I. EL NOTARIADO

Como decía antes, no se va a hacer aquí una exposición detallada de todas las posiciones doctrinales sobre la función notarial y sobre el notario como

profesional que la sirve. Autores prestigiosos han elevado el estudio del derecho notarial a cotas muy altas de las que solamente cabe recoger las ideas esenciales de la doctrina sobre esta rama del derecho. Por otra parte, como se deduce del propio título del trabajo que se intenta, la referencia al Notariado se reduce a su intervención, fundamental pero no única, en los negocios jurídicos de carácter inmobiliario.

Con esta intención de brevedad y de síntesis, para poder partir de una base realista en el estudio del Notariado, es necesario contemplar sus dos modalidades esenciales, con una muy breve consideración de su origen. Así, en lo que se refiere a este último punto, el nacimiento del Notariado ha sido estudiado, en términos generales, en relación con su modalidad de germánico o latino, no tanto en lo que se refiere al tipo anglosajón. Por otra parte, prescindiendo ahora de las discusiones sobre el nacimiento de la institución, que llega a remontarse, según algunos, al antiguo Egipto o a la civilización judía, lo cierto es que sus antecedentes más acreditados se centran en la Edad Media y sobre todo a lo largo de la Edad Moderna. De todas formas, lo que quiero destacar en este apartado no es tanto la identificación de su origen, sino las exigencias sociales que lo provocaron. De hecho, en el sistema jurídico continental, el criterio formal que inspira la contratación, aún en su versión consensual, y la necesidad de la prueba documental, así como de la asistencia a las partes de un jurista especializado, son razones suficientes para el nacimiento y desarrollo de una función, cuyas características esenciales se enumerarán a continuación (4).

En cambio, en el sistema civil anglosajón, especialmente en el inglés, la fuerza de la «consideration» como base contractual y la eficacia del sistema judicial, basado en el «leading cause» o precedente judicial vinculante, hacen que el Notariado no surja como una institución en la que se agrupan una serie de funciones distintas, sino que la evolución se paraliza y el notario queda convertido en un simple profesional de la fe pública con efectos muy limitados.

Por tanto, puede decirse que en la propia evolución de la figura notarial aparecen ya dos tipos de sistemas jurídicos, de tal forma que el primero fuerza a la creación de un profesional con función pública compleja y el segundo a la diversificación de funciones apoyada en un protagonismo directo del poder jurisdiccional. Ello nos lleva a la delimitación de uno y otro tipo de Notariado.

(4) Tan importante resulta la función notarial, en este tipo de ordenamientos, que ha dado lugar al nacimiento, por todos conocido, de una rama del Derecho, el Notarial, que tanto puede ser considerado como un aspecto desgajado del viejo tronco civil, como un aspecto de la ciencia jurídica con características específicas o, en la frase de ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, «un derecho para el derecho», en el que destaca su aspecto adjetivo. *Derecho Notarial*, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1976.

A) EL NOTARIO LATINO

Responde directamente a la evolución histórica a que brevemente se ha hecho referencia. En tal sentido, el notario latino se caracteriza, en general, por tres notas esenciales:

a) *Su carácter de fedatario público*

Es una de las notas básicas diferenciadoras de la función notarial. En tal sentido, la dación de fe es la función primigenia del notario, en cuanto encargado de la formación de la fe pública, de la verdad oficial. Sobre él recae la responsabilidad de la identificación de los otorgantes del documento público que autoriza y cuyo original archiva en el protocolo, de forma que dicho documento y su copia hagan prueba plena de la realidad del otorgamiento, de la literalidad de las manifestaciones de las partes y de la identidad de éstas. Sin este triple contenido al que alcanza la fe pública notarial, el negocio jurídico, y concretamente el de transacción inmobiliaria no será fiable, no tendrá el carácter de verdad oficial y no constituirá la medida adecuada para evitar el litigio sobre cualquiera de los tres aspectos citados.

b) *Su carácter de funcionario*

El notario no es un profesional que surja espontáneamente de la realidad social, como el titular de un oficio de otro tipo. Su organización está inspirada en criterios de interés colectivo. Por tanto, el número y las características de las personas que integran el Notariado está intervenida, en mayor o menor medida, por el Estado, que dota al fedatario público de un carácter funcional más o menos acusado. Es esta una característica general de su organización que nace del interés público en asegurar el tráfico jurídico en general y en dotar a las transacciones de la intervención de un técnico de preparación contrastada. Sin embargo, siempre se admite su organización profesional independiente y la posibilidad de los operadores del mercado de dirigirse al notario que estimen oportuno, en un régimen de elección libre que se reconoce universalmente.

c) *Su carácter de jurista*

Es la nota menos destacada en las legislaciones positivas, pero constituye el elemento distintivo más importante de este tipo de profesional. La transacción inmobiliaria o mercantil, el acto jurídico *mortis causa* y, en general,

todos los aspectos a los que se dirige toda la función notarial, exigen inevitablemente que el notario sea un profesional dotado de profundos conocimientos jurídicos, de tal forma que su enjuiciamiento sobre el negocio documentado le permita realizar una triple actividad:

- De una parte, el asesoramiento objetivo a todas las partes intervinientes en el negocio documentado, de tal forma que este asesoramiento se dote de un especial tipo de independencia alejado de los intereses específicos de cada parte.
- De otra, la especial atención a aquel de los otorgantes menos asesorado, menos capaz de apreciar por sí mismo los riesgos de todo tipo en que puede incurrir como consecuencia de la transacción.
- Por último, la advertencia de los requisitos legales de todo orden, cada vez más complejos, que deben complementar el otorgamiento con el fin de que el negocio llegue a cumplir los fines que las partes pretenden.

De estos tres aspectos es difícil apreciar cuál tiene más trascendencia, aunque desde el punto de vista personal, destacaría el tercero, en función de dos ideas. Por una parte, la redacción técnica del contrato exige, desde el punto de vista del Derecho civil, mercantil, e incluso registral, unos conocimientos técnicos que han acompañado al notario latino desde su origen y que cada día son más necesarios. Por otra, es cada vez más importante la intervención de la Administración en el negocio jurídico privado, hasta el punto de que se habla ya de la penetración del Derecho privado por el Derecho público, con una frase descriptiva que evidencia aquella idea de que no se puede diferenciar como compartimentos estancos el ámbito de lo privado y de lo público. En tal medida, al notario no le basta ya el conocimiento preciso de las normas vigentes sobre capacidad y representación de las partes o de las exigencias civiles sobre la validez del negocio, sino que su nivel profesional debe alcanzar al dominio de otras técnicas de derecho público y a la consciencia del conjunto de requisitos de todo orden que hace que cada tipo de instrumento público llegue a producir sin dificultades los efectos deseados por los intervinientes (5).

(5) Como resumen de lo que significa la función notarial en esta versión, cabe citar la definición que lleva a efecto la conclusión a) del primer Congreso Internacional de Notariado Latino, cuando señala que «El notario latino es el profesional del Derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a tal fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos».

B) EL NOTARIO ANGLOSAJÓN

Como hemos visto antes, en determinados ordenamientos y países, la evolución del Notariado ha sido radicalmente diferente. Puede decirse que no ha existido evolución. La función de dar fe del hecho del otorgamiento se pone en manos de personas especialmente habilitadas, pero reducidas a esta exclusiva función. El notario no es un jurista, en algunos casos ni siquiera se le exige la licenciatura o los estudios mínimos de Derecho. El notario no asesora. Las partes se aconsejan de otros profesionales que también intervienen en la formalización del negocio jurídico, como el «barrister», que puede parificarse con el abogado; el «attorney» o procurador, o, específicamente el «solicitor» o especialista en la transacción inmobiliaria, que cuidan de los intereses de las partes, que convienen en el contenido técnico del negocio y que preparan el documento y, en su caso, lo adveran con el fin de conseguir la prueba de la existencia de la transacción. Es más, se señala que la fundamental función de este tipo de notario es la legitimación de la firma de los intervinientes, con vista a la producción de efectos del documento en otro territorio o país distinto del de la autorización. Se ha llegado a afirmar que en estos sistemas el notario es un funcionario que ejerce con miras al extranjero (6).

Los tratadistas de Derecho notarial no suelen prestar atención a este tipo de fedatario público, y ello es lógico, pues no se puede hablar en este caso del Notariado en sentido estricto, sino de la atribución parcial de una de las facultades propias del notario latino a un profesional sin conocimientos, sin prestigio jurídico y que comparte su función con una serie de profesionales del Derecho y de la intermediación económica en el negocio inmobiliario.

Lo paradójico es que a pesar de este desinterés de la doctrina latina por este sistema o falta de sistema en la organización de la fe pública, los países en donde se aplica tienen una enorme influencia en el mundo actual. Hablamos de los Estados Unidos, del Reino Unido, de Australia o de Nueva Zelanda. Así, es lógica la opinión de que la organización notarial anglosajona, si puede denominarse de esta forma, carece de interés científico, pero lo que no puede olvidarse es la enorme trascendencia e influencia de los países que no han llegado a desarrollar un sistema de Notariado técnico.

La pregunta es lógica. Si no existe un Notariado como el que nosotros conocemos y defendemos, ¿cómo es posible que el sistema económico que rige en estos países sea precisamente el dominante en la comunidad interna-

(6) GUTERIGGE, citado indirectamente por ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, obra citada. En este mismo sentido, aunque no en un trabajo escrito, la intervención del especialista cubano OSCAR SALAS, afincado en Estados Unidos, en las sesiones del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, Reunión de Buenos Aires de 1996.

cional? ¿Cuál es la razón de que no sientan la necesidad de organizar una función notarial dotada de las características de juridicidad y de prestigio social propias del notario de tipo latino? La contestación a esta pregunta es fundamental, pues en otro caso las afirmaciones sobre las ventajas que ofrece el Notariado latino se apoyarán en afirmaciones dotadas de argumentos jurídicos indiscutibles, pero que carecerán de virtualidad ante la realidad económica dominante. La respuesta a esta aparente paradoja habrá que buscarla en las instituciones de derecho preventivo en las que se mueve y ejerce ordinariamente el notario de tipo anglosajón, lo que nos lleva directamente al estudio de los mecanismos de protección y garantía del tráfico que coexisten con las distintas versiones del Notariado.

II. LOS SISTEMAS DE SEGURO DE TÍTULOS Y DE REGISTRO INMOBILIARIO

En ningún ordenamiento moderno es el notario el único protagonista de los mecanismos de derecho preventivo en el aseguramiento de la titularidad de los derechos sobre inmuebles y del propio tráfico sobre los mismos, sino que su labor se complementa con otras instituciones de nacimiento o aplicación más reciente, pero también esenciales. En términos generales, se vienen encuadrando dentro del estudio de la institución registral, pero personalmente he preferido distinguir el registro como tal de la otra modalidad, es decir, la de seguro de títulos (7).

De acuerdo con este criterio, se estudiará, en primer lugar, el sistema de seguros, para entrar después en las modalidades de la institución registral en sentido propio.

A) EL SISTEMA DE SEGURO DE TÍTULOS

Este procedimiento parte del criterio de la innecesidad del Registro público. El adquirente de un derecho sobre inmuebles, tanto de carácter pleno como limitado, generalmente de tipo hipotecario, corre el riesgo de que un

(7) El propio Banco Mundial, al estudiar el problema de los tipos de aseguramiento del tráfico, utiliza una clasificación trimembre, distinguiendo entre los criterios que denomina «private conveyancing systems», «registration of dead systems» y «Titles registration systems», aunque el primero tiene poco que ver, son una modalidad de aseguramiento registral. En tal sentido, en este trabajo haré referencia a los sistemas de seguro, a los registros de documentos y a los registros de derechos, denominaciones propias del idioma español y, desde mi punto de vista, mucho más ajustadas técnicamente a su propio contenido.

tercero, ajeno a la relación contractual de adquisición y desconocido para el adquirente, incoe, con posterioridad a la conclusión del contrato, una reclamación judicial o extrajudicial basada en un mejor derecho incompatible o preferente respecto del adquirido. Pues bien, este riesgo se configura como un «daño» sobrevenido, susceptible de seguro, lo mismo que cualquier otro que pueda afectar a la persona o al patrimonio de quien adquiere.

Sobre esta base conceptual, el proceso de protección del adquirente se fundamenta en la contratación de una póliza con una compañía especializada, de forma que, en caso de que el riesgo se materialice y el daño efectivamente se produzca, la privación del derecho adquirido o la pérdida de la preferencia inicialmente prevista, se indemnice de acuerdo con la póliza suscrita. En tal sentido, la contratación del seguro se convierte en una operación indispensable para el funcionamiento del mercado. No nos encontramos, por tanto, ante un mecanismo que afecte directamente al mantenimiento del derecho y de su titularidad, sino ante un procedimiento económico indemnizatorio totalmente desvinculado del negocio traslativo o de sus antecedentes.

Este sistema exige que el adquirente de una determinada titularidad inmobiliaria tenga que acudir necesariamente a una serie de agentes del mercado que desarrollan la siguiente actividad:

- De una parte, examinan, aquilatan y enjuician la titulación aportada por el transmitente, de forma que puedan llegar a la determinación, más o menos aproximada, del riesgo de evicción o de perturbación jurídica que puede sufrir el adquirente.
- En segundo término, todos los datos sobre la titularidad de las fincas que uno u otro momento acceden al mercado inmobiliario, se recogen en archivos sin valor jurídico alguno, salvo el puramente informativo, al menos en las manifestaciones más características del sistema que estamos contemplando.
- Por último, determinado el riesgo jurídico en que puede incurrir el adquirente de la finca o del derecho, cabe la posibilidad de la fijación de un criterio estadístico que permita la formalización de un contrato de seguro entre el adquirente y una compañía especializada, de forma que producido el efecto de la evicción o de la declaración de mejor derecho de un tercero, como consecuencia de la acción judicial iniciada por éste, la compañía satisface al asegurado el capital en que se fijó la indemnización como consecuencia de la producción del siniestro.

Además, cabe la posibilidad de que la Administración organice algún tipo de archivo inmobiliario, de carácter informativo, que, en su apariencia externa puede parecerse a un sistema de registro, pero sólo en su mecánica de infor-

mación, no en lo que refiere a aspectos de protección jurídica del titular, ni en la garantía de veracidad de dicha información.

El sistema funciona, evidentemente, y este funcionamiento tiene su razón de ser, de una parte, en la seriedad y en la profesionalidad de los agentes del mercado y de las propias compañías de seguros y, de otra, en el extraordinario beneficio económico que genera para las propias entidades aseguradoras, y en definitiva para la organización financiera que las apoya. Por otra parte, en cuanto a las características, los agentes del mercado, capaces de garantizar la transacción ante la ausencia de instituciones jurídicas destinadas a este mismo fin, puede decirse muy simplificada que es necesaria la intervención de tres elementos:

- De un profesional que defina el riesgo que asume el adquirente, lo que supone el estudio de los antecedentes del negocio en lo que se refiere a la titularidad del transmitente, a la fiabilidad del título de adquisición que exhibe y a los derechos o cargos a que está sujeto el inmueble y que se diversifica en las funciones que antes se enumeraban al hablar del Notariado anglosajón. Sus características son las de un profesional del Derecho al servicio de las entidades aseguradoras, que ha de intervenir necesariamente en la transacción y en la calificación del título antecedente, sin perjuicio de la asistencia letrada que contraten una o ambas partes.
- De profesionales del seguro que valoren económicamente el daño posible y la prima que ha de satisfacer el adquirente. Se trata de técnicos que se mueven en el campo de la estadística y de la evaluación de riesgos, cuya presencia resulta inevitable, si se quiere mantener una proporción entre el seguro y su coste.
- Por último, de un asegurador que pague en caso de que el daño jurídico efectivamente se produzca, cuya fiabilidad dependerá de la propia eficiencia del sistema financiero.

Un cuarto elemento, difícilmente definible, es el de la confianza social en el sistema. Evidentemente, el procedimiento no funcionaría si la prima fuese desproporcionada, si el profesional o profesionales del Derecho que intervienen no actuaran con seriedad o si el asegurador no pagase, lo que supone que, para que el complejo sistema que hemos expuesto resulte eficaz, es indispensable que se incardine plenamente en la realidad económica del país de que se trate y en la forma de ver las cosas de la comunidad donde actúa. Este último requisito de carácter cultural y psicológico nunca resulta fácilmente extrapolable, lo que nos lleva a estudiar si este procedimiento es el idóneo y si es aplicable a otros países, que, en este momento están meditando sobre cuál es el sistema más adecuado para la protección del tráfico inmobiliario y

de los derechos de los titulares que en él intervienen, siempre si se parte del criterio, también discutible, de que la protección del tráfico y la protección del derecho son cuestiones diferentes.

La respuesta es, evidentemente, negativa. El hecho de que el sistema funcione en determinadas economías, plenamente desarrolladas, no lo convierte en idóneo, y ello por las siguientes razones:

a) *Sus costes financieros*

El procedimiento de aseguramiento de la titularidad mediante la indemnización monetaria de la pérdida patrimonial del inmueble o derecho adquirido exige la cobertura de un riesgo por parte del asegurador que llega a cifrarse entre el 3 y el 5 por 100 del valor apreciado del propio inmueble o derecho. Por otra parte, la intervención libre de los profesionales que intervienen en todo el mecanismo de transacción se eleva a cifras importantes, perfectamente contrastadas en instituciones como el Banco Monetario Mundial, y que han sido objeto de análisis preciso por especialistas europeos (8).

Ello hace que el sistema incumpla uno de los requisitos esenciales del tráfico moderno. Los costos de información sobre la titularidad del transmitente se disparan, y los costos de vigilancia del derecho adquirido, aunque aparentemente no existen, dan lugar a la formación de un precio de la prima del seguro que supone un porcentaje muy elevado en relación al valor del inmueble objeto del derecho asegurado.

b) *La posibilidad de infraseguro*

Como en todos los negocios de seguro de daños, la valoración de la pérdida patrimonial puede ser la adecuada o inferior a la real. Así, el infraseguro, que tiene la ventaja inmediata de la rebaja de la prima, cuando se produce la pérdida de la titularidad, origina una disminución del capital asegurado que puede no satisfacer las necesidades del adquirente a quien se priva del derecho.

(8) De hecho, en los análisis de costos de los diferentes sistemas de prevención jurídica, el de Seguro de Títulos no genera gastos importantes en lo que se refiere a la actividad notarial y registral, por razones obvias, pero en la prima del seguro que excede en no menos de un 500 por 100 los de cualquier otro sistema, se absorben los costes de información y de vigilancia del derecho adquirido, sin perjuicio de los que se deriven del asesoramiento particular del adquirente, que se mueve dentro de las tarifas de la intervención de letrado sujetas normalmente al mercado libre.

c) *La indemnización dinerada*

En los países que siguen este sistema, la cultura popular acepta sin problemas la indemnización económica de la privación del inmueble, sobre todo en aquellas naciones en donde la vivienda tiene un carácter fungible, de tal forma que el traslado de residencia es un fenómeno normal. Ahora bien, incluso en estos países, pero sobre todo en los que se mueven en la órbita de la civilización continental europea e iberoamericana, el sentimiento del ciudadano se dirige a asegurar la titularidad de un bien concreto, no de una indemnización sustitutiva de su valor perdido. Lo que pretende el que adquiere una vivienda o cualquier otro inmueble es que el sistema público de protección le garantice la titularidad y la posesión de ese bien inmueble, no el cobro de una indemnización por la pérdida de esa posesión.

d) *La eficiencia previsible del sistema*

Se ha dicho antes que el sistema exige la intervención del que valora jurídicamente el riesgo, del que valora económicamente la prima del seguro, y del asegurador que efectivamente pague cuando se produzca el siniestro. Es una triple exigencia en la que no es necesario que nos detengamos de forma exhaustiva, pero que evidentemente no es de fácil cumplimiento en países en desarrollo, en los que la calidad profesional y la solvencia del sistema financiero no han alcanzado el nivel idóneo que exige un proceso del tipo del seguro de títulos. Así, resultaría frecuente que las valoraciones fueran incorrectas y que el pago de las indemnizaciones se retrasara, se llenara de inconvenientes y, en definitiva, se produjera una cierta o, incluso, una absoluta desconfianza en el proceso preventivo de aseguramiento del tráfico.

Las características del seguro de títulos hacen que no podamos hablar, desde el punto de vista registral, de un sistema de seguridad preventiva. Se trata de un procedimiento que se mueve en el campo puro de la actuación de los particulares, considerando como tales también a las compañías de seguros, en las que no existe intervención del poder público. Se recoge, por tanto, un criterio plenamente liberal en la organización de la seguridad jurídica. En tal sentido, la cuestión esencial, como decía antes, consiste en determinar si el sistema que sucintamente hemos expuesto resulta adecuado para los países que lo utilizan o para otros que están pensando en la organización de su propio tráfico privado de bienes. Son cuestiones distintas. En efecto:

- En los países anglosajones, especialmente Estados Unidos, donde se aplica este tipo de proceso de seguridad, el tráfico funciona bien, y esta es una realidad incontestable. Probablemente ello se debe a la

seriedad y profesionalidad con que funciona el país, no solamente en estos aspectos, sino prácticamente en todos, así como en la represión que a las disfunciones que surjan establece el propio ordenamiento jurídico, generalmente en el ámbito penal. En este sentido, aunque existen ciertas tendencias, esencialmente doctrinales, dirigidas a la organización de un registro público, concretamente en el ámbito de los bienes muebles, no parece razonable esperar una evolución en el mismo sentido, en lo que se refiere al campo inmobiliario.

- Sin embargo, en países carentes de un sistema de prevención jurídica, la situación no es la misma. De hecho, para el adecuado funcionamiento del sistema de seguros, como señalábamos antes, es necesario que concurren una serie de circunstancias, que sin la intervención del Estado resultan de muy difícil concurrencia, en la medida en que hace falta el transcurso de muchos años de desarrollo económico y de organización social para que den resultado.

Aunque suponga adelantar ideas, lo mismo cabe decir en el campo del Notariado, si bien, en este aspecto, la evolución es todavía más difícil. De hecho, determinados países anglosajones, como el Reino Unido, y antes Australia, están llegando o han llegado al establecimiento de un sistema público de registro de derechos, del tipo del que se tratará inmediatamente, pero, no obstante, la organización del Notariado no ha cambiado sustancialmente, probablemente porque la inercia es un elemento determinante en la modificación de instituciones jurídicas.

B) LOS SISTEMAS DE REGISTRO INMOBILIARIO

En este segundo apartado conviene que nos detengamos, también de forma muy sucinta, en la evolución y las características de los actuales Registros Inmobiliarios. De forma general, puede decirse que responden a la idea de que la intervención estatal es esencial para que el sistema de titularidades inmobiliarias se sujete a un régimen de seguridad que permita la información sobre la titularidad antecedente y la garantía del mantenimiento de la que surge como consecuencia de la transacción de que se trate. Así, lo mismo que se ha hecho al tratar en general la figura del Notariado, se distinguirán sus dos modalidades esenciales, con una muy breve referencia a su origen.

En este sentido, a diferencia del Notariado, y salvo algunas manifestaciones de escasa eficacia que en general no se remontan más allá de la Edad Moderna, el Registro de la Propiedad es una institución casi recién nacida, cuyos orígenes se centran en el siglo XIX. En esta centuria, consolidada la Revolución Francesa y el nacimiento de la burguesía, se produce el fenómeno

generalizado del acceso de las clases medias a la titularidad inmobiliaria a través de mecanismos legales de desamortización y de liberalización económica. Todo el sistema social de la segunda mitad del siglo XIX responde al criterio liberal del «laissez fair, laissez passer», que sin embargo necesita la corrección de mecanismos instrumentales que faciliten la protección de la titularidad, el desarrollo de la hipoteca y la minoración de los privilegios para evitar el litigio judicial constante. Ahora bien, como señalábamos antes, las peculiaridades del sistema civil de cada país e, incluso, su idiosincrasia peculiar y su tradición social y jurídica, hace que estos sistemas de aseguramiento de la propiedad obedezcan a dos modalidades.

a) *El registro de documentos*

La idea básica que inspira su organización nace del privilegio de inoponibilidad. Se entiende que el adquirente de la propiedad o de otro derecho real que no aporta su título al Registro, carece de acción frente a quien inscribió su derecho. Se trata de un criterio cuyo origen se encuentra en los ordenamientos jurídicos que resultan tributarios directos del Derecho romano, de tal forma que el principio citado de inoponibilidad se mueve esencialmente en el campo procesal. La inscripción en un Registro Público no genera directamente una presunción jurídica, sino la imposibilidad de la acción. En este sentido, la transferencia inmobiliaria, o dicho en términos técnicos, el negocio jurídico de enajenación de la propiedad o de la constitución, modificación o extinción de los derechos reales, se produce exclusivamente en el campo del Derecho civil a través del derecho de contratos. El Registro sirve, exclusivamente, para determinar la legitimación activa de quien pretende hacer valer su derecho frente a otro. Ahora bien, si el legitimado pasivamente en la reclamación ha inscrito su derecho, y el que pretende ejercitar la demanda no lo ha hecho, la inscripción del primero impide el éxito procesal de la reclamación del segundo.

Por tanto, el Registro produce sus efectos esencialmente en el campo rituario, al menos en la idea original que ilumina este tipo de sistemas registrales. Ahora bien, cuando se trata del posible litigio sobre la incompatibilidad o la preferencia de las relaciones jurídicas reales que han accedido al Registro, el contenido de éste no protege especialmente a una o a otra de las partes que entran en contradicción, sino que la cuestión se dirime en vía judicial y con aplicación directa de las normas civiles sobre preferencia de derechos. Dicho de otra forma, el Registro acota los derechos a tener en cuenta, de forma que sólo los titulares de los que han accedido a la protección registral pueden oponer su situación frente al que pretende la titularidad firme y definitiva. Se produce, por tanto, una disminución de la incertidumbre, pero no en términos absolutos. El Registro no identifica al titular cierto, pero acota

el grupo de los posibles titulares ciertos, de tal forma que el que pretende la titularidad segura y definitiva sólo puede acudir a dos mecanismos:

- El primero consiste en la purga de los demás derechos inscritos mediante una decisión judicial basada en la prescripción, en la contención sobre la validez de los respectivos títulos o en la indemnización por la desaparición de los derechos incompatibles.
- El segundo, si el primer mecanismo es ineficaz o demasiado lento consiste necesariamente en la contratación de un seguro que cubra el riesgo de pérdida de la titularidad.

Así, podría decirse que el acento del Registro se pone en que la mayor cantidad de títulos relacionados con un bien concreto accedan al mismo, con el fin de que se amplíe en lo posible el círculo de los titulares de derechos a los que se debe tener en cuenta. Como consecuencia, el principio aplicable es que la eficacia del título prevalece frente a la atribuida al asiento registral, tanto entre las partes como frente a tercero.

Naturalmente no existe ningún sistema puro de inoponibilidad, pues al menos, en lo que se refiere a determinados derechos sobre inmuebles, el procedimiento es totalmente insuficiente, por lo que los ordenamientos jurídicos que lo siguen exceptúan de esta limitada eficacia del asiento registral los tipos de derechos cuyo conocimiento y cuya preferencia sólo pueden acreditarse a través de un documento específico en el que consten las distintas relaciones jurídicas y, al menos, la fecha del título que las origina. El problema se centra especialmente en las hipotecas u otras relaciones reales en las que la institución posesoria carece de virtualidad para la defensa de la titularidad de que se trate.

b) *El registro de derechos*

Su característica más importante consiste en que su información y efectos protectores se refieren a la titularidad y delimitación del derecho inscrito, a las cargas que lo gravan, cualquiera que sea su origen, y a las facultades dispositivas del titular registral. Su origen y principios se sitúan en el Derecho germánico, alejado en este punto de la tradición latina y apoyado en el criterio de atribuir al hecho posesorio reconocido por la comunidad una virtualidad de tipo dominical, especialmente en el mecanismo de protección de la titularidad.

Para concretar de forma breve su efecto esencial, puede decirse que desde el momento en que el contrato accede al Registro, el «derecho publicado» es el único que necesita conocer quien pretenda contratar sobre el mismo. En este sentido, producida la inscripción, es indiferente para quien pretende con-

tratar que existan o no titulares extraños al contenido del Registro, puesto que la información que recibe de éste goza de una presunción de exactitud e integridad. Se trata de una situación jurídica similar a la de la letra de cambio. Al tenedor le basta la aceptación por el librado, sin necesidad de probar la existencia de la deuda u otras circunstancias del débito no contenidas en el documento cambiado.

Según el sistema civil de que se trate, esta situación de protección puede producir efectos plenos, incluso entre las partes, o puede generar efectos solamente respecto de terceros, según que la adquisición se someta al requisito de su acceso al Registro, en cuyo caso hablamos de inscripción constitutiva, o se perfecciona extrarregistralmente, en cuyo supuesto el asiento registral tiene carácter declarativo. En la práctica, ambos subtipos de registro producen muy similares efectos en orden a la seguridad del adquirente y a la disminución de costes de transacción. De todas formas, cabe distinguir en este tipo de sistemas dos modalidades diferentes, según el criterio que siga el ordenamiento civil en orden al criterio sobre la eficacia del negocio traslativo o el número abierto o cerrado de los derechos que pueden acceder al Registro.

1. La eficacia del negocio traslativo

En este punto, cabe señalar tres tipos de organización del negocio traslativo:

- En primer término, aquél en el que el consentimiento formal que da lugar a la inscripción se abstrae del negocio antecedente de carácter obligacional, de forma que este último no da lugar a efecto alguno en cuanto a la transmisión en sí, sin perjuicio de la vinculación de las partes al cumplimiento de la prestación, es decir, a consentir en la inscripción a favor del adquirente que tiene carácter constitutivo de dicha adquisición.
- En segundo lugar, el sistema en el que se vinculan ambos negocios, de forma que la inscripción registral toma su base del contrato obligacional, si bien la inscripción es requisito constitutivo, o del nacimiento del derecho, o de la adquisición que se realice.
- El último de los sistemas, genéricamente estudiados, es aquél en que el negocio jurídico traslativo produce todos sus efectos fuera del Registro, al menos entre las partes contratantes. Sin embargo, respecto de quien contrata confiado en su contenido y en el poder de disposición del titular que resulta del asiento, se produce una situación de inatacabilidad procesal que puede llegar a ser absoluta y que prácticamente se confunde, en determinados casos, con la adquisición plena del derecho.

2. La tipificación de los derechos inscribibles

Se trata aquí de un criterio comparativo que tiene cierta relación con el anterior, pero que parte de un presupuesto distinto, tanto en la realidad económica como en la pura técnica jurídica. En efecto, un principio básico de mercado es el de la libertad contractual, que supone la posibilidad para el propietario de ceder a otros el derecho de ejercer en su lugar, de forma completa o parcial, determinadas prerrogativas asociadas al derecho de propiedad. Pues bien, si se contempla el problema desde esta perspectiva, cabe distinguir dos modalidades de Registro Inmobiliario que pueden coincidir o no con los tipos examinados antes:

- El que tiende a la admisión registral de derechos determinados previamente por la norma civil o registral, de forma que resulte imposible, sin una alteración del derecho objetivo, la construcción de nuevos tipos de derechos inscribibles o, en términos económicos, nuevas modalidades de explotación de inmuebles.
- El que sigue un criterio abierto, en cuyo caso no es necesario que el legislador adapte las normas del ordenamiento a las nuevas exigencias del mercado inmobiliario para que una nueva figura pueda acceder al Registro, siempre que se constituya con las características propias del derecho real, es decir, su inmediatidad respecto del objeto inmobiliario y la posibilidad de su titular de oponer su ejercicio a todos, *erga omnes*.

En el plano de la realidad de cada país no existe ningún sistema que se adapte de forma absoluta a cada uno de los tipos que hemos examinado. De todas formas, los sistemas de registro de derechos, cuando admiten alguna o todas de las características enumeradas, se diferencian del registro de documentos en varios aspectos esenciales:

- El acento de este tipo de sistemas no se pone en inscribirlo todo para evitar la existencia de titulares desconocidos, como ocurre, en general, en el sistema puro de registro de documentos, sino en inscribir sólo lo que es verdadero y legítimo, de tal forma que para el tercero que contrata el que parece como posible transmitente tenga el carácter de titular verdadero y único. El principio aplicable es el que la eficacia del asiento registral, en aras de la seguridad jurídica, prevalece frente a la del título no inscrito o inscrito con posterioridad.
- El Registro no se mueve ya en el puro mundo procesal de la imposibilidad de ejercitar acciones por parte de quien no inscribe, sino que genera un conjunto de presunciones, es decir, un tipo de prueba distinto de la documental pura. Se presume que el derecho inscrito existe

y pertenece al titular con el alcance que resulta del Registro y, cuando el titular dispone en determinadas condiciones, la otra parte que confía en el Registro adquiere plenamente o al menos puede resultar procesalmente inatacable.

- Este sistema exige que todos los derechos relativos a cada finca o inmueble determinado se inscriban en un folio específico, en una base física que haga relación a todos los derechos **existentes** sobre dicho inmueble, de forma que no quepa la inscripción de titularidades incompatibles y que, además, el propio registro determine la preferencia entre los derechos compatibles, no en base a los criterios civiles de fecha del título constitutivo de la relación, sino de las fechas en que tales títulos accedieron a la inscripción registral. Por tanto, no es conceptualmente posible el procedimiento de folio personal, característico de los sistemas de registro de documentos.
- Otra exigencia, lógica, es la que los títulos que acceden al Registro y en los que se constituyen, modifican o extinguen los derechos que el Registro ha de publicar y cuya protección resulta de las presunciones nacidas del sistema, sean objeto de un enjuiciamiento sobre su legalidad, es decir, su adaptación al ordenamiento y su adecuación a los antecedentes registrales de un perfil muy alto. El Registro sólo admite, puesto que va a presumir su existencia y alcance, a los títulos perfectos, a los derechos plenamente delimitados, a las titularidades que no ofrezcan duda.
- Por último, desde el punto de vista económico, la falta de inscripción genera en el adquirente un coste de vigilancia importante, pues puede sufrir una privación incontestada y no deseada, lo que dará lugar a una transacción ineficiente. Por el contrario, la inscripción evita la necesidad de vigilancia y, por tanto, de su coste. En definitiva, se sustituye la vigilancia por la información plena y la protección absoluta del adquirente.

En la evolución del derecho preventivo, la técnica de la presunción de titularidad, es decir, la de registro de derechos, tiende a convertirse, cada vez con más fuerza, en el sistema más adecuado, no sólo para la protección del propio derecho, sino esencialmente para la protección del tráfico, en la medida en que, con independencia de sus características jurídicas, se revela como el de mayor eficiencia en la disminución de costes de transacción (9).

(9) En este sentido se vienen pronunciando los últimos informes de las entidades económicas internacionales. Cabe citar especialmente el denominado «Land registration and titling projects in ECA countries», emitido por el Banco Mundial en 1996.

III. LA FUNCION DEL NOTARIADO EN RELACION CON LAS DISTINTAS MODALIDADES DE ASEGURAMIENTO DEL TRAFICO INMOBILIARIO

Una vez desarrollados los puntos anteriores, en los que se ha buscado una perspectiva general, prescindiendo de un análisis detallado para fijarnos en las características esenciales de los sistemas de seguridad preventiva, toca en este último apartado la exposición de la idea que motiva este trabajo. Para ello se ha partido de huir de la realidad nacional de los diferentes ordenamientos, sobre la base de que en todos es posible encontrar rastros de alguno de los conceptos que se contienen en el texto que antecede. Lo mismo ocurrirá con el estudio de la posición notarial, de forma que ha de excusarse una comparación detallista país por país. Lo que se trata de precisar es una tendencia, un criterio general, que nos permita, por encima de las realidades nacionales, saber hacia dónde vamos y, sobre todo, hacia dónde debemos dirigirnos.

Así se expondrán, en primer lugar, ciertas ideas generales para entrar después en el análisis de la labor notarial en función de las instituciones concurrentes encaminadas a dotar al tráfico inmobiliario de un régimen de seguridad suficiente.

Para situarnos en lo que luego se dirá, hay que partir de la base de que la creación y desenvolvimiento de las instituciones jurídicas de todo tipo no es nunca casual, sino que depende de las características de cada país, de su entorno social, de las necesidades de cada momento histórico, de la tradición cultural y, en definitiva, como se decía antes, de la propia inercia como fuerza esencial de mantenimiento de las formas de organización social. En Derecho, las revoluciones no son frecuentes y la evolución es siempre lenta y, probablemente, así debe ser si se quiere mantener el entramado y la vertebración del cuerpo social.

Este principio de adaptación de las instituciones a la realidad de la sociedad en que funcionan es directamente aplicable a las que tratamos, y de ahí que los árboles, a veces, no nos dejen ver el bosque, y que la realidad propia no nos permita elevarnos por encima de nuestra circunstancia concreta para examinar los problemas a la luz de exigencias que empiezan a ser universales o, al menos, a afectar a grupos completos de naciones que tienden inexorablemente a unificar, no sólo sus problemas, sino también sus soluciones. En este sentido, es notable que los estudios más modernos y clarificadores sobre la seguridad preventiva inmobiliaria no provengan de los especialistas de tipo jurídico que han llenado bibliotecas sobre el fundamento y los elementos esenciales de las instituciones y normas que regulan dicho tráfico, sino de informes de economistas que contemplan la cuestión desde otras perspectivas en las que lo esencial no es el conjunto de conceptos sobre la realidad jurídica

existente, sino el efecto que generan en el cuerpo social, que se concibe, a su vez, como una realidad supranacional.

En función de lo dicho, es lógico que la función notarial se adapte en cada nación y en cada ordenamiento a las necesidades jurídicas propias de su entorno social, de forma que tal función tiende a cubrir, como ocurre siempre en el plano de la actividad humana, aquellos aspectos no resueltos por otras instituciones, de tal forma que la formación y características del profesional de la fe pública se han ido conformando de acuerdo con los fines que ha de realizar. Por ello es imposible aquilatar con precisión la actividad notarial, como ocurre con cualquier otra, si se parte de su consideración aislada, de su desvinculación teórica de las demás instituciones jurídicas con las que convive.

En este sentido, lo pretendido en este trabajo es precisamente la expresión de una realidad que se base en los términos relativos que surgen de las distintas características de los sistemas de seguridad preventiva. Este examen tiene como finalidad concluir en una idea que me parece importante sobre la necesidad de mantener la actividad notarial como esencial para que el tráfico inmobiliario pueda desenvolverse con la eficiencia suficiente en orden al aseguramiento de la titularidad de los derechos y de su tráfico, con costes razonables de información y con supresión de costes de vigilancia del derecho adquirido.

A) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE SEGURO DE TÍTULOS

Como se señalaba anteriormente, el llamado sistema de seguro de títulos funciona plenamente desvinculado del propio negocio de transmisión de la propiedad o de la constitución de derechos reales sobre inmuebles. En este sentido, el negocio jurídico, la convención sobre la adquisición del inmueble se organiza exclusivamente en función de las normas jurídicas civiles, de forma que la protección del adquirente, desde el punto de vista de la seguridad del derecho, se basa solamente en la apariencia posesoria y, como trasunto de la misma, en la tenencia material del título de adquisición. No existe una institución que recoja la realidad documental de la transacción y el asesoramiento de los que intervienen en el negocio se apoya en la abogacía en sus distintas vertientes y especialidades.

En estos sistemas, al menos contemplados en su versión teórica, la función notarial no existe. Es verdad que se denomina con la expresión «notario» al profesional a quien se atribuye la posibilidad de preconstituir la prueba sobre la identificación de quien forma un documento, pero esta simple actividad legitimadora no puede confundirse con la compleja función notarial. Es más, no existe un interés político en que esta actividad se amplíe, puesto que la averiguación de la titularidad está en manos de otros especialistas al servicio del sistema.

Sin embargo, como decía antes al examinar brevemente las características del procedimiento de seguro de títulos, el peligro evidente consiste en que los países donde se aplica son generalmente los más eficientes, o al menos tienen ganada la fama de serlo, en el entorno de la economía mundial, lo que puede dar lugar a la falsa idea de que la actividad notarial, tal y como se desarrolla en otros sistemas, no tiene razón de ser y constituye un lastre para la propia actividad económica. Esto no es así, aunque las posiciones que se mantienen sobre la necesidad de un sistema público e intervenido por el Estado en la protección jurídica preventiva de quién interviene en el tráfico, no suelen referirse directamente a la función notarial, sino al sistema idóneo de registro (10). En el sentido expuesto, la posición que aquí se mantiene es la de que la función notarial de tipo latino es esencial en los dos sistemas esenciales de registro, es decir, el de documentos y el de derechos, aunque el signo de tal función sea inevitablemente distinto.

B) LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL SISTEMA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS
CON EFICACIA LIMITADA AL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD

Como señalábamos anteriormente, los sistemas registrales de inoponibilidad, esencialmente los que nacen en los ordenamientos influenciados directamente por el Código Civil napoleónico, están íntimamente ligados con la organización latina del Notariado, y ello es perfectamente lógico si se contemplan una serie de realidades.

a) *El origen del Notariado en su versión latina*

El sistema notarial antecede con mucha diferencia de tiempo al sistema registral. Cuando éste surge, fundamentalmente a mediados del siglo pasado, el Notariado en su versión latina puede decirse que está prácticamente desa-

(10) En tal sentido, el Informe del Banco Mundial antes citado. También puede observarse este fenómeno en países emergentes en la economía de mercado, como Rusia, en el que la discusión básica no se centra en el Notariado, tradicionalmente de tipo latino, sino en conveniencia de establecer una institución registral con efectos positivos de presunción de la titularidad privada, respecto de la cual el notario tendría el carácter de un operador jurídico. La discusión, en el ámbito legislativo, se centra en estos momentos en si la actividad notarial debe respaldarse por el Estado o debe quedar reducida al ámbito privado, sin exigencia especial de preparación al fedatario. En definitiva, si debe prevalecer el sistema de Notariado privado, característico de los sistemas de seguro de títulos, o el Notariado público, propio de los sistemas que se apoyan en una organización de tipo latino.

rollado, goza de prestigio social y el instrumento público constituye el centro documental del que se predicen los efectos esenciales, necesarios en aquellos momentos para asegurar el tráfico inmobiliario. En tal sentido, la «verdad oficial» que nace de la escritura autorizada por el escribano, referida a la identidad de las partes y a la exactitud literal de lo manifestado por ellas en el negocio documentado, es suficiente para la preconstitución de una prueba que ha llegado a considerarse «plena», al menos en orden a la realidad del otorgamiento (11).

b) *Las características del tráfico tradicional*

El tráfico inmobiliario que contemplan las formas más primitivas del sistema de registro de documentos se caracteriza por dos notas. De una parte, su lentitud, puesto que la transacción inmobiliaria suele obedecer a criterios pausados que permiten el estudio minucioso de la titularidad antecedente y de la situación de cargas del inmueble. De otra, su carácter limitado, en la medida en que se trata de operaciones aisladas, no masificadas, de tal forma que facilitan la intervención de un profesional capaz de aquilatar en cada caso las necesidades específicas de las partes.

c) *Las características del sistema registral basado en el efecto de inoponibilidad*

Este es, indudablemente, el punto más importante. El hecho de que el Registro sirva exclusivamente para que surja el efecto de inoponibilidad, de forma que la discusión entre los titulares que acceden a la publicidad tabular no se resuelva directamente mediante un sistema de presunciones nacido de los pronunciamientos de los asientos registrales, exige que el notario realice dos funciones esenciales:

1. La calificación jurídica del negocio documentado

Ante la ausencia de efectos materiales de la inscripción que genera una calificación registral muy débil y referida casi exclusivamente a los aspectos

(11) En cuanto a este carácter de prueba plena, la doctrina notarial, como es lógico, distingue dos aspectos, según se refiera a la propia actividad notarial, que da fe de lo que observa el notario por sus sentidos, y la veracidad de lo manifestado en el negocio que se documenta, que puede adolecer de falsedad, simulación o inexactitud. En este sentido, PLANIOL, LESSONA O GIMÉNEZ ARNAU.

formales del instrumento que accede al Registro, recae sobre el notario la necesidad de enjuiciar la adaptación de lo pretendido por las partes que intervienen en el instrumento público a lo previsto por el ordenamiento jurídico, si no se quiere que tal documentación se constituya en origen constante de litigios o de la necesidad de acudir al sistema de seguro de títulos. En tal sentido, el carácter de jurista del notario se reafirma para convertir al profesional de la fe pública en un funcionario en el que confía el Estado a la hora de enjuiciar el supuesto que llega a su despacho y de redactar el documento de acuerdo con un principio esencial de legalidad.

2. El enjuiciamiento sobre la titularidad y cargas del inmueble objeto de la transacción

El Registro no resuelve plenamente, con un sistema de prueba por presunciones, el problema de la titularidad del transmitente ni el estado efectivo de las cargas o derechos que recaen sobre el inmueble. Esta labor de averiguación forma parte característica de la función notarial, que en algunos ordenamientos alcanza a la propia responsabilidad patrimonial del notario. En tal sentido, el pronunciamiento del Registro se convierte en un elemento auxiliar de la función notarial en cuanto determina, al menos *prima facie*, el conjunto de titularidades inscritas y resuelve, en el mismo sentido relativo, la imposibilidad de accionar por quien no inscribe. Así, de una forma gráfica, puede decirse que el notario mira «**hacia atrás**». Lo que fundamentalmente le preocupa es que el transmitente que llega a su notaría, exhibiendo un título inscrito o no en el Registro, sea el verdadero titular y que el estado de cargas de la finca que manifiesta responda también a la realidad.

Estas características de la función notarial tradicional nacen, por tanto, en perfecta simbiosis con el sistema registral de inoponibilidad, propio de los ordenamientos de raíz latina, hasta el punto de que esta limitación de los efectos del depósito del documento en el Registro y el resto de las notas diferenciadoras de éste tienen su origen, no sólo en la tradición civil, sino también en la suficiencia inicial del Notariado para resolver los problemas que genera la calificación del negocio documentado y la razonable seguridad en la realidad de la titularidad y cargas de la finca objeto de aquél.

Sin embargo, el sistema de registro de documentos, tanto en su versión latina como anglosajona, la primera apoyada en un Notariado plenamente técnico de tipo latino, y la segunda carente de una institución de este tipo, está evolucionando actualmente hacia fórmulas propias del registro de derechos, puesto que el simple principio de inoponibilidad, aunque produce efectos relativos en el campo procesal, al no resolver la preferencia interna

de los titulares inscritos, exige como remedio, o la decisión judicial ulterior, o la póliza de seguro que, en su caso, permita la indemnización del titular perjudicado, bien por la sentencia, o bien por el mero anuncio del litigio (12).

Ello hace necesario examinar la función notarial en este segundo tipo de registros más evolucionados desde el punto de vista técnico, en la medida en que sus efectos inciden, lógicamente, en todos los ámbitos del tráfico de inmuebles.

C) LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN LOS SISTEMAS DE REGISTRO DE DERECHOS

La aplicación en otros ordenamientos de los principios presuntivos germánicos da lugar, evidentemente, a una evolución o transformación relativa del Notariado en el campo de la contratación inmobiliaria. De todas formas, esta evolución no es la misma en todos los registros de este tipo, sino que habrá que examinarla en función de las características de cada uno de ellos. A tal fin, debe distinguirse entre aquellos ordenamientos civiles que desvinculan el negocio causal del que provoca la transmisión y, de otra, aquellos en los que inscripción no puede producirse si no es como consecuencia de un título previo válido y perfecto de carácter causal.

Ahora bien, con carácter previo a esta distinción, hay que tener en cuenta que una de las labores más importantes del Notariado latino en los sistemas de inoponibilidad, es decir, la averiguación y constatación de las facultades dispositivas del transmitente y del estado de cargas de la finca objeto de la transacción, o desaparece plenamente o disminuye de forma sensible, puesto que ambas funciones constituyen precisamente el fin básico del registro de derechos. En tal sentido puede decirse que el notario mira «hacia adelante», puesto que la situación jurídica del inmueble, previa a la transacción, *ex ante* contrato, viene resuelta por el pronunciamiento registral.

De acuerdo con estas ideas, se examinará a continuación la clasificación de los registros a que antes se ha hecho referencia, si bien de forma muy simplificada, pues sólo se pretende destacar aquellas peculiaridades que influyen directamente en la actuación notarial.

(12) Este fenómeno se detecta perfectamente en algunos países como Francia, que aunque mantienen como efecto esencial el de inoponibilidad, han modernizado claramente su sistema a través de normas como el Decreto de 7 de enero de 1957, complementado con disposiciones posteriores, o Inglaterra, que sustituye su antigua institución registral «Land charges register» por el nuevo sistema del «Land Registry», mucho más próximo al registro de derechos.

a) *Sistema de transmisión abstracta*

Su rastro ha de buscarse, de forma prácticamente única, en el sistema alemán y, en alguna medida, en el sistema australiano. En el primero, más característico y estudiado, la transmisión inmobiliaria se apoya en un negocio real de transmisión en el que se vierte formalmente la intención de transmitir y de adquirir el dominio u otro derecho real, de forma que la adquisición o la constitución del derecho no surge hasta que haya tenido lugar el acto de inscripción. En tal sentido, dicha inscripción puede decirse que es esencialmente constitutiva, pues el negocio real de transmisión no es sino el vehículo formal que sirve para la práctica del asiento, sin que alcance a otros fines. Además, es necesario destacar que la existencia, inexistencia, validez o ineficacia de otro negocio jurídico obligacional anterior no influye en absoluto en el negocio traslativo descrito, que se desvincula o abstrae plenamente del negocio previo, cualquiera que sea la forma en que haya sido documentado (13).

Cuando el ordenamiento responde a este tipo de registro, la función notarial se reduce a la autorización de escrituras públicas que tengan por objeto el negocio obligacional que, en su caso, pueda dar lugar a una transmisión posterior, con simples efectos de reclamación por incumplimiento o de enriquecimiento sin causa, así como en el propio negocio traslativo real, con efectos de irrevocabilidad de lo acordado, aunque no es necesaria la forma notarial para este acuerdo. En tal medida, desaparece la tarea notarial de averiguación y calificación de la titularidad precedente, y además, resulta innecesaria la intervención del fedatario en la formalización del negocio jurídico real traslativo, cuyo contenido es de una gran simplicidad.

Por esa razón no puede hablarse en sentido propio de un Notariado de tipo latino, al menos en lo que se refiere al tráfico inmobiliario, hasta el punto que se define como un subtipo especial denominado Notariado germánico. De todas formas, se trata de un sistema sometido a crítica y que, además, no ha trascendido a otros ordenamientos, situados en la órbita de los que se examinan a continuación.

(13) La preocupación porque la preparación técnica del notario sea la precisa y suficiente ha dado lugar a algunas opiniones como la de JUAN DÍAZ FRAILE, que estima que los ordenamientos apoyados en las características de un registro de derechos tomen precauciones a la hora de la inscripción de documentos provenientes de otros países menos exigentes sobre la formación del Notariado, es decir, cuando el fedatario no pertenezca al grupo de los del Notariado latino. Así, en su trabajo, «Incidencia del Derecho comunitario en el contenido de los Registros de la Propiedad y del Notariado», en *Revista de Noticias de la Unión Europea*, 1996.

b) *Sistema de transmisión causal*

En los sistemas de registro de derechos en los que la inscripción se apoya directamente en el negocio traslativo civil, la situación cambia completamente. Se trata de aquellos supuestos en los que los legisladores nacionales, tomando como base de la eficacia del asiento registral los precedentes germánicos, organizan el registro de modo que a éste accede directamente el negocio jurídico por el que se trasmite el dominio o se constituye o extingue un derecho real. En tal sentido, se suprime el acuerdo traslativo abstracto y formal y el documento en que se formaliza la transacción inmobiliaria se inscribe directamente.

Pues bien, con independencia de que la inscripción tenga carácter constitutivo o declarativo o, dicho de otra forma, que la eficacia de la transacción se ligue o no a la dicha inscripción, este sistema supone en todo caso que el documento en que se formalice la transacción y el negocio jurídico documentado se sometan a una decisión del registrador sobre el cumplimiento de todos los requisitos exigibles al título, pues el sistema descansa en la base de que en el Registro se inscriban únicamente negocios adaptados plenamente al ordenamiento jurídico y se publiquen exclusivamente derechos que no ofrezcan duda sobre su contenido y eficacia. En definitiva, como decía al comentar esta modalidad de registro, se trata de que el adquirente pueda confiar plenamente en que el derecho que adquiere no está sometido a más limitaciones que las que surgen del folio registral y que el transmitente goza de poder de disposición sobre el mismo, de forma que la realidad extrarregistral no le afecte en absoluto.

En estos sistemas es posible que se den dos situaciones:

- Que la formación del título inscribible se lleve a efecto sin intervención de un notario de tipo latino. El supuesto, por razones esencialmente históricas, tiene lugar en los países anglosajones que están evolucionando hacia un registro de derechos, pero no hacia la formación de un Notariado con formación técnica y organizado como una institución pública.
- Que el Notariado conserve las características de su organización originaria en los ordenamientos de tipo latino, con las modificaciones que exige el sistema de registro de derechos.

La cuestión consiste en determinar si la existencia, permanencia y perfeccionamiento de la función notarial es conveniente en estos sistemas de registro. Dicho de otra forma, si el establecimiento de principios presuntivos positivos del asiento registral genera un debilitamiento del Notariado o una pérdida de sus señales históricas de identidad, problema que no se suscita en los ordenamientos jurídicos consolidados, pero que puede surgir, y de hecho

está surgiendo, en países que meditan actualmente sobre el sistema que más se adapta a su tradición y a sus necesidades. Se trata de una cuestión fundamental, en la medida en que una decisión equilibrada sobre la materia puede favorecer claramente a la nación de que se trate y, a la inversa, una política precipitada o poco meditada puede originar múltiples problemas en la seguridad del tráfico inmobiliario.

A mi juicio, no se trata de elegir entre un sistema registral apoyado en el principio de inoponibilidad y un Notariado latino clásico y un sistema de registro de derechos que genere un debilitamiento de las características del notario latino. Este planteamiento es erróneo, en la medida en que el registro de derechos necesita indispensablemente, no ya el mantenimiento del Notariado, sino la acentuación de sus características. En tal sentido, los ordenamientos que se apoyan en un registro de este tipo, prescindiendo del Notariado, muestran su principal debilidad en la carencia de un profesional especializado en la preparación del título inscribible. Esta carencia ha de suplirse mediante la intervención del «solicitor» y del abogado en sentido propio, así como con la presencia de testigos que acrediten al registrador la veracidad de determinados hechos o declaraciones, lo que da lugar a un peligro evidente de proliferación de supuestos de falsificación o error, además de un aumento sensible de los costes de transacción.

Sin embargo, no son los inconvenientes anteriores los más importantes, pese a su evidente trascendencia, los que aconsejan la introducción y desarrollo del Notariado latino en los ordenamientos que apoyan la seguridad del tráfico en modelos de registro de derechos. Se trata de razones de mucho más calado. En efecto, en los sistemas de registro de derechos, en los que la inscripción está dotada de presunciones positivas de existencia y pertenencia del derecho, principio de legitimación y de protección absoluta del tercero que adquiere confiado en el contenido del Registro, principio de fe pública que se suele admitir en diferentes grados y condiciones, necesitan apoyarse en un principio esencial que tradicionalmente viene denominándose de legalidad. No todos los títulos en sentido material, es decir, los contratos y convenciones capaces de generar una transmisión inmobiliaria, acceden al Registro, sino que es necesario, además, que tales convenciones se ajusten estrictamente al ordenamiento jurídico, puesto que de otra forma no podrían establecerse efectos tan violentos del registro, que solamente pueden generarse si se tiene la garantía de que el título que motivó el asiento es perfecto desde el punto de vista de su adaptación a la norma objetiva.

Pues bien, este principio de adaptación al ordenamiento jurídico del negocio de transmisión del dominio o de la constitución de derechos debe desenvolverse en dos planos, referido el primero a la redacción del documento inscribible, y el segundo a la actividad del registrador como filtro de legalidad. Esta exigencia doble debe acentuarse en proporción directa a dos ideas:

- De una parte, la eficacia de la propia inscripción. En cuanto dicha eficacia da lugar a un conjunto de presunciones de contenido amplio, que permiten un grado de confianza pleno del adquirente en el contenido del registro, la aplicación del principio de legalidad debe ser más estricto, de más alto perfil, pues en otro caso la culminación registral de la transacción inmobiliaria podría dar lugar a situaciones extraordinariamente perturbadoras de la seguridad jurídica.
- De otra, la aplicación del principio de legalidad ha de ser más severa y técnica cuando, además de los efectos propios del sistema, el criterio que se admita en orden al tipo y características de los derechos inscribibles tiene carácter abierto. En este sentido, si el sistema de registro es muy versátil y admite no solamente figuras de derechos plenamente identificados con la norma, sino además otras figuras distintas, que, con la misma eficacia, permitan modalidades distintas de explotación de los inmuebles, la definición técnica de la transacción, en ambas fases de legalidad notarial y registral, resulta más difícil y compleja.

En función de estas ideas, las características del Notariado latino que aparentemente se difuminan ante un sistema de registro plenamente desarrollado, cobran una mayor importancia. El sistema de registro de derechos necesita inevitablemente que los títulos que acceden a la publicidad libraria hayan sido intervenidos por un notario que reúna todas las características que tradicionalmente vienen predicando en la organización de la fe pública notarial, es decir, su carácter de profesional controlado por el Estado y, sobre todo, su formación profesional acreditada, pues este sistema es el único que permite varias ventajas incontestables:

- En primer lugar, la confianza del ciudadano en que el profesional que atiende a sus necesidades, dentro de un esquema de libre elección, responde con su preparación técnica y con la eficacia probatoria de su intervención a la validez y a la prueba plena del negocio documentado.
- En segundo término, la mejor organización del Registro, de forma que la apreciación de la legalidad del título inscribible por el registrador venga facilitada por un estamento profesional con plena preparación, tan conocedor de la técnica registral como el propio funcionario encargado del Registro (14).

(14) La preocupación porque la preparación del notario sea la precisa y suficiente, ha dado lugar a algunas opiniones como la de JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, que en el contexto de Europa estima que los ordenamientos nacionales, apoyados en las características de un registro de derechos, deben tomar precauciones a la hora de admitir la inscripción de documentos provenientes de otros países menos exigentes en la formación profesional del fedatario habilitado para la formalización del documento inscribible, es decir, cuando

- Por último, la disminución de costes al ciudadano que genera el monopolio natural de la función notarial organizada por el Estado, que facilita el control por el poder público de las percepciones profesionales del notario. Este control sólo es posible, evidentemente, si el Notariado tiene carácter público.

Ahora bien, frente al sistema del doble control de legalidad del negocio de transacción inmobiliaria suele oponerse la idea de que resulta innecesaria la coexistencia de dos actuaciones calificadoras distintas, sucesivas, del mismo alcance y que generan, aparentemente, un coste añadido y una mayor complejidad en el trámite. Si ya ha calificado el notario, ¿para qué el control ulterior del registrador? Por el contrario, si el control de legalidad se encomienda al registrador, ¿para qué una intervención notarial de tipo profesional y técnico? La contestación a esta pregunta, cargada de superficialidad, es obvio, sobre todo si se tiene en cuenta la diferente función que uno y otro desempeñan. No se trata de una doble calificación, sino de dos formas de enjuiciar el negocio traslativo, por lo que resulta necesario distinguir ambas.

1. La intervención técnica del notario latino y la formación jurídica de la transacción inmobiliaria

Se decía antes, al comentar la función notarial en los sistemas registrales inspirados en el efecto de inoponibilidad procesal, que el notario mira «hacia atrás», en la medida en que le es imprescindible la averiguación de la titularidad y el estado de cargas de la finca objeto del negocio jurídico que ha de documentar. Por el contrario, en el sistema de registro de derechos, esa función desaparece, puesto que el pronunciamiento tabular resuelve el problema. Sin embargo, es necesario precisar que no es esta la cuestión. El notario ha de recibir las manifestaciones de las partes y su intención negocial que, en definitiva y en términos económicos, implica el alcance del tipo de explotación y de disfrute del bien que se pretende adquirir. En tal sentido, aunque no se tenga que preocupar del precedente, el notario ha de desarrollar una actividad compleja que se centra en los siguientes puntos:

- Ha de adecuar la voluntad de las partes al tipo jurídico de contrato conveniente en cada caso y ha de ajustar las características del derecho que se crea o se transmite al contenido económico de las facultades que pretende ejercitar el adquirente.

aquél no ejerza sujeto a las exigencias del Notariado latino. Así, en su trabajo, «Incidencia del Derecho comunitario en el contenido de los Registros de la Propiedad y del Notariado», en *Revista de Noticias de la Unión Europea*, 1996.

- Ha de llevar a efecto esta función de creación de acuerdo con los intereses de ambas partes, lo que en muchas ocasiones no resulta fácil, debido a la condición de superioridad económica de una de ellas.
- Ha de actuar de acuerdo con las exigencias cada vez más complejas del total del ordenamiento jurídico, especialmente en materia de tributación fiscal, de aplicación de normas de derecho agrario o urbanístico, de inversiones extranjeras o de otras similares, cada vez más numerosas, cuyo cumplimiento puede llevarse a efecto directamente en el instrumento público o con más frecuencia, ser objeto de advertencia. En este último caso, el notario no exige para formalizar el acuerdo que el requisito se cumpla, pero hace constar a las partes que el incumplimiento puede hacer ineficaz dicho acuerdo, con los matices necesarios en cada caso.

De todas formas, el elemento básico nace de la nota señalada en primer lugar. Lo esencial, que el notario adapte el negocio documentado a los intereses y manifestaciones de las partes, aspecto que no puede desarrollarse fuera del esquema del Notariado latino, puesto que esta labor exige una preparación jurídica de muy alto nivel que cada vez es más necesaria en el complejo mundo del tráfico sobre inmuebles.

2. El control de legalidad desde el punto de vista registral

El registro de derechos está sujeto a un principio de organización esencial, si se quiere que sus fuertes efectos protectores constituyan, efectivamente, un sistema adecuado de derecho preventivo. Tal principio se basa en el encargo del enjuiciamiento de la legalidad de los títulos que pretenden acceder al registro a un funcionario del Estado, con una preparación jurídica de muy alto nivel, dotado de independencia en su decisión calificadora y sujeto a responsabilidad por razón de sus errores o de su negligencia inexcusable. En otro caso, podrían producirse toda clase de disfunciones e inconvenientes, puesto que el efecto legitimador del asiento daría lugar a la protección de titulares carentes de legitimidad (15).

Ahora bien, esta tarea calificadora del registrador es de signo distinto a la que lleva a cabo el notario. Es cierto que en ambas se utilizan similares datos

(15) En este sentido, el IV Congreso Internacional de Derecho Registral, México, 1990, hace una serie de declaraciones en el apartado I de la Carta de México, que sin llegar a definir la figura del registrador, tema siempre complejo, dada la diferencia de sistemas, parte de la base de la «necesaria calificación con ajuste al principio de legalidad y a los antecedentes del registro», de acuerdo con un «marco orgánico que garantice una plena autonomía funcional».

y conocimientos técnicos, pero su razón de ser y su finalidad son diferentes. En tal sentido, puede decirse que las características del juicio de legalidad registral son las siguientes:

- La calificación del registrador hace abstracción plena de los intereses y de los motivos que inducen a las partes a la transacción, a diferencia de la actuación notarial, puesto que la proximidad del fedatario a los interesados puede generar presiones que influyan en la redacción técnica del negocio documentado.
- Además, el registrador contempla exclusivamente el ajuste del negocio documentado a la legislación aplicable al mismo, sin intervenir en la formación del negocio mismo ni en la elección de la fórmula utilizada en el título. Podría decirse que el notario redacta a partir de las manifestaciones de las partes, mientras que el registrador califica únicamente en función de la documentación que tiene a la vista y de la norma legal.
- Por otra parte, la calificación debe alcanzar, además del ajuste del negocio documentado a la norma aplicable, a los aspectos formales del documento y la eficacia del acto dispositivo en base al estado registral de cargas y las facultades del transmitente que resultan de los asientos anteriores y que puede coincidir o no con la apreciación notarial. Esta falta posible de coincidencia se resuelve hoy con mecanismos de información inmediata e, incluso, con medidas muy discutidas como la reserva de prioridad o el «caveat».
- Por último, como elemento básico, el registrador comprueba el cumplimiento de todos los requisitos legales con total independencia de que hayan sido advertidos o no por el notario. Este último punto es cada día más importante, dada la importancia de las exigencias que impone el derecho público al tráfico privado, exigencias que, a veces, son anteriores a la intervención notarial, pero que en otras deben cumplirse con posterioridad.

Pues bien, de ambos juicios de legalidad no se puede señalar cuál es más importante o esencial. Ambos lo son en su respectivo momento, de forma que están íntimamente interconectados. Sin una calificación y **asesoramiento** previo del notario a las partes y sin una redacción técnica del título inscribible, la labor del registrador sería imposible o, como mínimo, ineficiente. Sin el respaldo de la calificación registral, la tarea del notario, en un sistema de registro de derechos, resultaría peligrosa para el tráfico, puesto que proliferarían los errores y las inexactitudes registrales con las consecuencias perturbadoras de todo tipo para la seguridad de los derechos y del tráfico inmobiliario. Esta idea nos lleva directamente a la conclusión del trabajo.

CONCLUSION. LA DISTINCION ENTRE LAS CARACTERISTICAS Y LA FUNCION DEL NOTARIADO

A la vista de todo lo expuesto, hay una idea que hasta ahora no se ha expresado, a mi juicio, con la suficiente claridad. En el Notariado latino hay que distinguir dos aspectos diferentes. De una parte, las características de la función notarial en este tipo de concepción del fedatario público y, de otra, el contenido y finalidad de la propia función.

a) *Las características de la función notarial*

Los puntos definidores del notario latino que hemos examinado anteriormente, es decir, su carácter de fedatario público, su dependencia de una organización estatal, su independencia profesional y su preparación como jurista, se reconocen unánimemente como esenciales, y sobre este tema no se plantea discusión, puesto que la alternativa es un Notariado de tipo anglosajón cuya función se reparte entre diferentes profesionales, que carece de organización y que da lugar a una preparación de títulos de muy alto coste y difícilmente compatible con un registro de tipo técnico.

b) *El contenido y los fines de la función notarial*

En relación con este segundo aspecto, es necesario afirmar que la labor notarial en el tráfico de inmuebles, con mantenimiento de las mismas características reseñadas, puede ser distinta. El notario puede mirar hacia atrás con una preocupación básica por la titularidad o el estado de cargas del inmueble o del derecho cuya adquisición se pretende. En esta hipótesis, típica de los sistemas de protección del tráfico, basados en el principio de inoponibilidad, el notario es un profesional que asegura al adquirente, en la medida que ello le resulta posible, que quien pretende transmitirle su derecho tiene capacidad y poder de disposición por su conexión legítima con la finca o derecho de que se trate. El título accederá al Registro, que nada o poco añade a los efectos de la intervención notarial con un sistema de calificación de escasa exigencia.

En cambio, en los sistemas de registro con efectos positivos, la publicidad registral resuelve con carácter previo a la intervención notarial la información exacta sobre la situación del derecho que ha de transmitirse, el notario mira hacia adelante. Lo esencial será la configuración del negocio jurídico, con plena adaptación al ordenamiento jurídico, capaz de superar la estricta calificación registral, de acceder al Registro y de producir todos sus efectos.

El error en que se puede incurrir es precisamente el de confundir el mantenimiento de las características del Notariado latino con una de las funciones que puede desempeñar con carácter preferente. Dicho de otra forma, creer que la subsistencia de las características del notario dependen de la organización de un registro con efectos limitados. La situación es exactamente la contraria. El Notariado latino es tanto más necesario cuanto más versátil y más eficaz es el Registro, y ello es lo que da lugar a esta simbiosis entre la función notarial y la registral que en la realidad práctica de los países con registro de derechos suele funcionar perfectamente, salvo en aquellas cuestiones nacidas de discusiones técnicas en las que la opinión de dos juristas especializados, no sólo no resulta perturbadora, sino que produce, muchas veces, resultados útiles (16).

Por tanto, la conclusión es que hay que huir, en el estudio de la relación entre el Registro y el Notariado, de posiciones simples. Los problemas que ha de resolver el derecho preventivo son cada vez más complejos y delicados y de su solución equilibrada dependen muchos intereses colectivos. En tal medida, nuestra obligación es la de meditar sobre las funciones respectivas, tratar de que su eficacia sea cada vez mayor e intentar que su evolución se acomode a las nuevas exigencias de un mercado que cada día exige el tipo de soluciones más eficientes en el plano económico y en el jurídico.

Con estas ideas, en las que he intentado una exposición sencilla, he pretendido dar una visión personal de un problema que, a mi juicio, se plantea a veces de forma equivocada y que no da lugar a estudios doctrinales profundos, quizá por la carga política que puede acompañar a su tratamiento. Sin embargo, creo sinceramente que siempre es mejor discutir los temas con claridad o, por lo menos, con la claridad de que es capaz quien argumenta.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad
Secretario General del Centro Internacional
de Derecho Registral

(16) La interdependencia entre la función notarial y la registral es una materia sobre la que han recaído trabajos muy interesantes de autores españoles especialmente sensibles a la cuestión en el ámbito del propio sistema español, como JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO y MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS. También es destacable la constitución en Brasil de una organización profesional, la Asociación de Notarios y Registradores, ANOREG, dirigida a estudiar y a profundizar en lo que resulta común a sus respectivas funciones, en definitiva, lo que les une y no lo que les diferencia.