

Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. EL MERCADO, INSTRUMENTO DE LA EFICIENCIA. 2. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO. 3. LA TRANSPARENCIA DEL MERCADO. 4. LA INCERTIDUMBRE. 5. RIESGOS DE LA INCERTIDUMBRE: MÉTODOS DE PREVENCIÓN. 6. LA FUNCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—
II. EL VALOR DE LA INFORMACION: 1. LA INFORMACIÓN COMO UN BIEN. 2. DISPERSIÓN DE PRECIOS: EL COSTE DE LA BÚSQUEDA. 3. BIENES EXPERIMENTADOS. 4. UNA SEGUNDA COMPLICACIÓN: LA CONDUCTA ESTRATÉGICA. 5. LA COOPERACIÓN. 6. LAS VENTAJAS DEL OPORTUNISMO. 7. SUS CONSECUENCIAS: LA SANCIÓN COLECTIVA. 8. GRAVEDAD DE LA SITUACIÓN: NECESIDAD DE REDUCIR LOS COSTES DE INFORMACIÓN.—
III. EL MERCADO INMOBILIARIO: SUS CARACTERÍSTICAS: 1. LA OPACIDAD DEL MERCADO INMOBILIARIO. 2. LA INFORMACIÓN JURÍDICA: DIFICULTADES PARA SU OBTENCIÓN. 3. MERCADO INMOBILIARIO Y OPORTUNISMO. 4. ESCASO PAPEL DE LAS CLIENTELAS. 5. LA MODIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE JUEGO. 6. LA REGULACIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ROMANO Y SU POSTERIOR ABANDONO.—
IV. LA SEGURIDAD DEL TRAFICO INMOBILIARIO: 1. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO. 2. SACRIFICIO DEL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO. 3. LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN. 4. LOS COSTES DE LA INTERVENCIÓN: LOS LLAMADOS GASTOS DE VIGILANCIA. 5. ESCASA CONVICCIÓN DE LAS RAZONES EXPUESTAS HASTA AHORA: REPLANTEAMIENTO.—
V. JUSTIFICACION DE LA INTERVENCION: 1. RECUPERACIÓN DEL PUNTO DE PARTIDA. 2. DEFENSA DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO. 3. DIFICULTADES PARA VALORAR LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS REFORMISTAS. 4. BIENESTAR GENERAL: PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN. 5. ANÁLISIS COSTES-BENEFICIOS: DIFICULTADES DE EMPLEO. 6. EXPOSICIÓN DE ALGUNAS OPINIONES FAVORABLES. 7. NECESIDAD DE ENCONTRAR JUSTIFICACIONES CONCRETAS.—
VI. DOS MODELOS: SU RELACION Y FUERZA EXPLICATIVA: 1. INTERCAMBIO VOLUNTARIO E INTERCAMBIO FORZOSO. 2. CAMBIO DE PLANO: NUEVAS REGLAS DE JUEGO. 3. EL MODELO DE PAZ-ARES. 4. OTRA PERSPECTIVA: ECONOMÍA DE LA INFORMACIÓN. 5. DINÁMICA DE LOS MERCADOS ESTRECHOS. 6. RACIONAMIENTO DEL CRÉDITO. 7. RESUMEN: LA REDUCCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE.—
VII. ALTO EN EL CAMINO: LA FINALIDAD DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. LA EXPLICACIÓN ANALÍTICA Y LA HISTORIA. 2. FINALIDAD DE LA REFORMA HIPOTECARIA. 3. CUESTIÓN PREVIA. 4. LOS «VERDADEROS» MOTIVOS DE LA REFORMA: UNA MEDIDA DE APOYO A LA POLÍTICA DESAMORTIZADORA. 5. CRÍTICA. 6. PROYECTO HIPOTECARIO Y PENSAMIENTO FISIOCRÁTICO. 7. CAPITALIZACIÓN: MODERNIZACIÓN.—
VIII. EL CAPITAL Y LA GARANTIA INMOBILIARIA: 1. GARANTÍA INMO-

BILIARIA Y VALORIZACIÓN DEL CAPITAL. 2. LA TRANSFORMACIÓN DE LA TIERRA EN UNA MERCANCÍA. 3. CARESTÍA DEL CAPITAL.—IX. EL PRECIO DEL DINERO: 1. LA USURA. 2. EL «STELLIONATUS». 3. LA CONTRASELECCIÓN Y EL MERCADO INMOBILIARIO. 4. REACCIÓN EN FAVOR DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO: LA REPUTACIÓN ABSOLUTA. 5. EL INTERÉS DE LA REFORMA PARA LOS PROPIETARIOS COMO SECTOR. 6. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA: CAUSACIÓN RECÍPROCA. X. LOS SISTEMAS INMOBILIARIOS: MECANICA: 1. PRESUPUESTO COMÚN A TODOS ELLOS: LA REDEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD. 2. LA PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS: su SENTIDO. 3. LA EFICIENCIA DE LOS DISTINTOS SISTEMAS: LOS REGISTROS DE MERA PUBLICIDAD. 4. LA PUBLICIDAD EXCLUSIVA*. EL PRINCIPIO DE CIERRE. 5. RIESGOS DE LOS SISTEMAS CON «CIERRE». CALIFICACIÓN Y RESPONSABILIDAD. 6. RESUMEN FINAL: LA NEGOCIACIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

1. Una determinada asignación de bienes (1) será eficiente cuando no es posible otra distribución alternativa que consiga mejorar a una persona sin perjudicar a otra: formulación habitual (1 bis) del llamado *óptimo de Pareto* (2).

La importancia analítica del criterio paretiano consiste en que permite elaborar una **teoría de la decisión** al margen de los juicios de valor. Un juicio descriptivo sustituye a otro prescriptivo: una elección es acertada cuando el cambio es **aceptado por todos** los interesados. Este es el sentido del denominado *postulado de la unanimidad* (2 bis).

(1) Este trabajo sólo puede desplegarse en el espacio abierto a la controversia por el de PAZ-ARES, *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, en RDM (1987): las diferencias y variaciones que se permite lo unen, si cabe, todavía más a él.

(1 bis) SAMUELSON-NORDHAUS, *Economía* (1993), p. 354. A la inversa, es posible una *mejora de Pareto* cuando alguno gana sin que nadie pierda, lo que, evidentemente, indica una situación subóptima. La eficiencia de PARETO no garantiza, sin embargo, una sociedad justa: la distribución inicial de recursos es determinante de la estructura productiva de una sociedad. El modelo paretiano no está en condiciones de discutirla: toda **redistribución** forzosa de la situación de partida, por justa que parezca, enriquece a uno, pero (y porque) otro pierde. Será así perfectamente posible una estructura productiva, eficiente en el sentido de PARETO, en que parte de la población viva en condiciones de pobreza. Para este y otros problemas vid. WICH, *Economía analítica del Bienestar* (1971) p. 99 y ss.

(2) Una crítica brillante del eficientismo productivista desde presupuestos económicos BOULDING, *La economía futura de la Tierra como un navio espacial*, en DALY (comp.), *Economía, ecología ética. Ensayos hacia una economía en estado estacionario* (1989) p. 262 y ss. Por lo demás, no debe malbaratarse la disputa entre eficiencia y justicia, reduciéndola a la disputa sobre el posible uso del principio redistributivo en la formulación del Derecho. MITCHELL POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) p. 19: supone que no habría conflicto entre eficiencia y justicia si la renta pudiese redistribuirse sin coste. Por el contrario, la **Justicia** hace referencia a un problema de **jerarquización de valores** (entre los que se encuentra precisamente la eficiencia) y **remite** a la (insuperabilidad de la) **Política**: vid. sobre este decisivo punto MEIER *Carl Schmitt Leo Strauss el la notion de Politique. Un dialogue entre absents* (1990) p. 72 y ss. especialmente.

(2 bis) BUCHANAN-TULLOCK, *The calculus of consent. Logical Foundations of Cons-*

2. La importancia jurídico-política de esta proposición se aprecia en todo su valor cuando se la reformula en su forma negativa: una determinada **distribución de bienes** debe calificarse de **óptima** cuando los recursos no son reasignables en vía **contractual**. Dicho de otro modo: sólo el **intercambio voluntario** asegura un resultado eficiente (3).

La **garantía institucional** de la **libertad contractual** se transforma así en **presupuesto** básico de la **racionalidad económica**: el principio de consentimiento tutela la estabilidad de aquellas situaciones en que existe una eficiente asignación de los bienes disponibles (4).

Si el mercado funciona en forma correcta, sólo el mayor beneficio, que espera obtener el adquirente, por la explotación del recurso que decide comprar, determinará que oferte por él un precio que haga irracional su retención en poder del titular actual: éste será el primer interesado en vender. En el modelo competitivo los bienes gravitan siempre hacia su utilización más eficiente (5).

3. La eficiencia del mercado es función de su transparencia: **presupuesto del modelo competitivo** es que los agentes económicos están perfectamente informados, pero lo cierto es que el que concurre en el mercado carece de información completa.

titutional Democracy (1962) p. 7. **Presupuesto** del modelo es el **comportamiento racional** de las personas en función de sus objetivos que supone la posibilidad de ordenarlos según un **determinado rango (transitividad)** que no garantiza, sin embargo, el hallazgo de una función social de bienestar: algún modo de traducir el orden de preferencias de cada individuo en un **solo** orden de preferencia para toda la sociedad. Para la demostración de su imposibilidad cfr. ARROW, *Social Choice and Individual Values* (1951). Vid. también sobre jerarquización cardinal y ordinal de objetivos el resumen de VICKREY, *Utilidad, Estrategias y Reglas de Decisión social*, en ARROW-SCITOVSKY (comps.), *La Economía del Bienestar* (1974) p. 95 y ss.

(3) BUCHANAN, *A contractarian Paradigm for Applying Economic Theory*, en *AER* (1975) p. 226 y ss.

(4) Sobre garantía institucional vid. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1982) p. 183 y ss.: «(Las garantías institucionales)... se explican por razones históricas concretas, por la aprehensión de ciertos peligros que se temen a causa de ciertas experiencias. Sólo de manera inmediata sirven al principio de los derechos fundamentales sin ser ellas mismas derechos fundamentales. Contienen una **protección especial** contra el abuso de la **facultad de legislar...**» La libertad de contratar no está protegida como derecho fundamental: vid. RODOTA, *LOS orígenes de la Noción Moderna de Propiedad*, en *El Terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (1986) p. 105 y ss. Sobre los modos en que se articula la obligación de contratar vid. LARENZ, *Derecho de Obligaciones* 1 (1958) p. 67 y ss.

(5) Resultado obligado del entendimiento consecuente de este principio es el famoso criterio de «subasta»: el derecho sobre un determinado recurso debe ser atribuido por el ordenamiento a quien estuviese dispuesto a pagar más por él (el mejor postor: *aggregate consumer willingness to pay*). Vid. POSNER, *Economic Analysis of Law* (1977) p. 10-11.

Aunque los precios y el mercado constituyen la base del sistema de incentivos de la economía, existen algunos problemas de información que los mercados no resuelven o lo hacen de un modo insatisfactorio.

El hecho de que productores y consumidores no dispongan de toda la información sobre los bienes y servicios ofertados no es dato lo suficientemente decisivo para someter a crítica definitiva el modelo competitivo, pero ha obligado a los economistas a incorporarle la variable de incertidumbre con el propósito de obtener una mayor convergencia entre sus análisis y el mundo real (6).

4. La incertidumbre que la desinformación genera no puede por menos que pasar factura: elevados *costes de información* hacen perder al mercado utilidad como instrumento para corregir las asignaciones ineficientes de los recursos. Esta situación perjudica por igual a transmitentes y adquirentes y, sobre todo, a la economía en general.

La **prevención** de los **riesgos** que la **desinformación** produce origina gastos que no redundan en beneficio de ninguno de los contratantes: los llamados **costes de transacción** entendidos como **costes de información**, puesto que debe admitirse que todos tienen su origen en la información imperfecta que el mercado proporciona (7).

5. El problema se simplifica cuando el **riesgo** que la desinformación genera puede ser **contratado**, sea para distribuirlo entre las partes, sea para trasladarlo a un tercero. No está de más recordar ahora el éxito de algunos mercados específicos que se han demostrado especialmente efectivos en la gestión del riesgo excesivo: concretamente, mediante la fórmula de proce-

(6) SAMUELSON, cit. p. 354: en un sistema de mercado en equilibrio general, perfectamente competitivo, todos los precios de los bienes son iguales a costos marginales, todos los precios de factores iguales al valor de sus productos marginales y no hay externalidades. Podemos pensar que el desarrollo de **mercados imperfectos** es una consecuencia del hecho de que cuando los bienes se vuelven sumamente diversificados y complicados, cuando debemos saber su precio pero también su calidad, **fallan los intermediarios** (que dedican su tiempo a recoger y transmitir información) porque el **costo de adquisición del conocimiento** pertinente es **mayor** que el que el **mercado está dispuesto a pagar**: vid. BOULDING *La economía del conocimiento y el conocimiento de la Economía*, en LAMBERTON (comp.), *Economía de la información y del conocimiento* (1977) p. 26.

(7) Vid. DAHLMAN, *The Problem of Externality*, en *JLE* (1979) 148-150. Costes de transacción obstativos identifican la presencia de externalidades. A la inversa, la **externalidad** existe cuando se imponen costes sobre otros que no se pagan o se conceden beneficios que no se cobran (interdependencia no negociada), lo que **señaliza** la presencia de **costes de transacción**: precisamente los que impiden negociar el efecto externo: si la información fuese completa y adquirible sin costo ni gasto de tiempo, no habría costes de transacción; cfr. LAPAGE, *Mañana, el capitalismo* (1978) p. 24-27.

der al reparto de los daños futuros, el seguro desempeña hoy una función insustituible (8).

El supuesto cambia cuando, por la razón que sea, el **riesgo no es contratable**: es este el momento en que el **Estado debe intervenir**. El objetivo consistirá únicamente en mantener la ignorancia en límites tolerables para el mercado.

6. Una de las **funciones** asignadas al **Derecho** por los analistas, en vista al objetivo común de maximizar el beneficio social, ha sido precisamente la de forzar una **reducción** de los **costes de información** en aquellos casos en que su elevado volumen impide intercambios que se estiman necesarios para conseguir una más eficiente utilización de los recursos existentes.

Los modos en que esa reducción se lleva a término, en la práctica, pueden llegar a ser muy diferentes, pero lo cierto es que la suerte del mercado depende en gran parte del éxito de la lucha que en este frente libra el Derecho contra los riesgos que la incertidumbre genera cuando la desinformación se vuelve insoportable (9).

(8) Lo cierto es que no son asegurables todos los riesgos mediante un seguro privado. Sobre el especial problema que presenta el *moral hazard* vid. MITCHELL POLINSKY, cit. p. 71-73: la solución no suele ser factible en la práctica porque el asegurador no puede controlar a bajo coste la conducta de la persona asegurada. Para los **problemas del seguro (fraccionamiento insuficiente)** como fórmula eficaz para indemnizar el coste de los daños, CALABRESSI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (1984) p. 69 y ss.: «El hecho de existir un amplio apoyo a sistemas tales como el de responsabilidad de la empresa y el de seguridad social, que implican algo más que un fraccionamiento voluntario de las pérdidas, sugieren que los **individuos, tomados de uno en uno, no se aseguran** voluntariamente en la medida necesaria para producir el fraccionamiento de los daños que **sería conveniente** a la sociedad».

(9) El equilibrio de mercado (eliminación de toda distorsión de precios) supone la ausencia de externalidades y, en consecuencia, de costes de transacción. De ahí que **función del Derecho** sea reducirlos todo lo posible (minimizar) operando sobre los derechos privados (reassignándolos incluso si fuese necesario) a fin de proceder a una **adecuada internalización de los costes** que genera cada actividad: se trata de conseguir computar en el coste de cada actividad todos sus costes. Para valorar en lo que merece la potencia explicativa del modelo analítico sirva el ejemplo especialmente instructivo que utiliza DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, en *AER* (1967) 347 y ss.: La subordinación de la regulación jurídica de los derechos de caza al objetivo de la internalización cuando aparece un mercado de pieles. Una generalización del modelo, con el objetivo de explicar la transición de una economía de caza a otra basada en la agricultura, en NORTH, *Estructura y Cambio en la Historia Económica* (1984) p. 98 y ss.

1. Aunque el riesgo está en la raíz misma del juego económico, sólo en fecha reciente, como una variable más, se ha comenzado a incorporar la incertidumbre al análisis de la conducta de empresas y consumidores: economía de la información (1).

La **existencia de incertidumbre determina que la información se transforme en un bien**, concretamente aquellas informaciones que si conociesen mejorarían las expectativas de todos respecto a la consecución de los objetivos perseguidos. En estas condiciones la **obtención de información** se convierte en una **actividad productiva** semejante a la del inventor.

Sin embargo, no todas las informaciones son valiosas y en consecuencia provechosas para la sociedad. Así cuando benefician a un particular a costa de otro, pero no mejoran la situación de la sociedad en su conjunto, o cuando sus costes de obtención o de divulgación superan la mejora de utilidad social que inducen: informaciones improductivas (2).

2. La **dispersión de precios** es una de las manifestaciones más llamativas de la **ignorancia** en que se mueve el mercado: de hecho cambian frecuentemente, sin secuencia previsible, aun en el caso de bienes homogéneos, y, como por otro lado el mercado no está centralizado, nadie puede llegar a conocer todos los vigentes en un momento dado.

La situación de desorientación del consumidor se multiplica cuando la **información proporcionada por el precio** resulta **insuficiente** para valorar la **calidad del producto**: la dispersión de precio es función también de que los bienes, que se ofertan en el mercado, nunca son completamente homogéneos y no sólo de la ignorancia del consumidor.

En consecuencia, si lo que el consumidor desea es encontrar la mejor relación calidad/precio, estará obligado a realizar una **búsqueda de infor-**

(1) El artículo pionero de STIGLER, *Economía de la información*, en LAMBERTON, cit. p. 59 y ss. Cfr. BOULDING, *La Economía*, cit. p. 25: «En el supuesto del mercado competitivo suele formularse un supuesto explícito acerca del **conocimiento perfecto**. Esto significa en realidad que la adquisición del **conocimiento** de los precios o las oportunidades de intercambio en un **mercado perfecto** es **gratuita**, de modo que el conocimiento resulta ser un bien gratuito. Este supuesto podría ser razonable si sólo hubiese unos cuantos compradores y vendedores. Pero el mercado perfecto supone también gran cantidad de compradores y vendedores y, presumiblemente, muchos precios; y mientras más precios y transacciones haya, menos razonable se vuelve el supuesto de que el conocimiento es gratuito».

(2) Sobre este punto, con especial consideración de la información productiva del inventor, ARROW, *Bienestar económico y asignación de recursos a la intervención*, en LAMBERTON, cit. p. 144 y ss.: la **información tendrá valor económico si el que la posee puede obtener ganancias mayores** que en ausencia de información. Extensamente ARROW, *Limited Knowledge and Economic Analysis*, en AER (1974) 6 y ss.

mación inevitablemente costosa: el coste marginal de la búsqueda aumenta conforme se incrementa (3).

En resumen, la existencia de elevados costes de información pone «patas arriba» el modelo competitivo básico: con razón la evaluación de las calidades de los bienes se ha convertido en uno de los problemas más difíciles y, por ello, más estudiados de la economía de la información.

3. Una primera complicación analítica surge porque, aunque la inseguridad de los adquirentes afecta a los precios y a la identidad y calidad de los productos, siendo sencilla la **comparación** de los primeros, no pasa normalmente lo mismo con los productos. Dos situaciones son posibles:

En la hipótesis más favorable el comprador puede reducir la inseguridad sobre las condiciones de la mercancía recurriendo a informarse por su cuenta, tal como lo haría si la **incertidumbre** afectase sólo a los precios. La **búsqueda** será **posible** sólo porque la adquisición versa sobre aquellos **productos cuyas condiciones** puede el comprador **valorar** perfectamente en el **momento de la compra**.

Sin embargo, en muchos otros casos, normalmente **bienes de consumo duradero**, por tanto los más caros, la situación será exactamente la contraria: **costes de información prohibitivos imposibilitan la búsqueda** y obligan al comprador a confiar en el suministrador. Su dilema es bien sencillo: o se arriesga a que le engañen o no compra (4).

(3) STIGLER, cit. p. 59: «Un comprador que desee encontrar el precio más favorable debe preguntar a varios vendedores, fenómeno al que denominaré **búsqueda**... El tiempo será más valioso para una persona con mayor ingreso. **Si el coste de búsqueda se iguala a su rendimiento marginal esperado, se encontrará la cantidad óptima de búsqueda**. Cuando los bienes son únicos, es extremadamente **baja la eficiencia de la búsqueda** personal de compradores y vendedores porque la **identidad de vendedores potenciales es desconocida**; el costo de la búsqueda debe dividirse entre la fracción de compradores (o vendedores) potenciales en la población que se explora... Los costos de la búsqueda son tan grandes que en tales condiciones existe un poderoso incentivo para **localizar** las transacciones a fin de **identificar** a compradores y vendedores potenciales. Los mercados medievales solían aumentar su eficiencia a este respecto prohibiendo la compra o venta de los bienes designados dentro de una distancia dada del mercado o en días que no fueran de mercado...» Cfr. el resumen modélico de BOULDING, *La economía...*, cit. p. 26: **La ausencia de transmisión gratuita de información es salvada** en el mercado competitivo por la **aparición de intermediarios** especializados «que dedican todo su tiempo al problema de conocer. Desde un punto de vista social el **ingreso del intermediario** podría considerarse como el **costo de adquisición de conocimiento necesario** para operar en el mercado, y es evidente que los demás participantes están dispuestos a pagar a ese costo antes que convertirse ellos mismos en intermediarios».

(4) Sobre el concepto de **bienes experimentados** en que debido a sus altos costes **no es posible el esfuerzo de búsqueda** del consumidor, por lo que ha de confiar en el suministrador: NELSON, *Information and Consumer behaviour*, en *JPE* (1970) 311 y ss. Ya STIGLER, cit. p. 77 decía: «reputación es una palabra que denota persistencia de calidad, y la **reputación tiene un precio** (o significa un castigo) porque economiza la

4. Una **segunda complicación** viene a aumentar la dificultad de la gestión del riesgo que genera la incertidumbre sobre las calidades de los productos: la **existencia de una interdependencia estratégica entre competidores**.

En ausencia de un mercado perfectamente competitivo, **cada empresa debe preocuparse de las reacciones de los demás** a sus decisiones: se trata de descubrir la forma en que las decisiones o estrategias de los agentes se condicionan recíprocamente (5).

La **teoría de los juegos** proporciona al economista un **excelente modelo** para proceder a un análisis correcto de la interdependencia entre competidores en el juego productivo (6).

5. Poco importa la estrategia de cada parte si el juego carece de equilibrio dominante, esto es, cuando ninguno de los dos jugadores disponen de una estrategia dominante. Existe una estrategia dominante para una parte cuando puede jugar su mejor estrategia, con independencia de cuál sea la que elija el otro.

Por el contrario, si no existe equilibrio dominante y está impedida, por la razón que sea, la cooperación entre las partes, la situación de **equilibrio se produce cuando ninguno de los jugadores puede mejorar, dada la estrategia que sigue el otro**. Ello aunque el resultado obtenido, al no producirse la cooperación y precisamente por no producirse, **no sea maximizador** (7).

búsqueda». Las personas inducen una regla general de ciertas experiencias (limitadas) significativas de modo que la expectativa de un comportamiento futuro de una persona es función del que haya tenido en el pasado: **principio de extrapolación**; cfr. VON WIEZSÄCKER, *Barriers to Entry, A theoretical Treatment* (1980) p. 72 y ss.

(5) SAMUELSON, cit. p. 238: En los mercados perfectamente competitivos, todas las partes consideran dados los precios y no tienen que preocuparse de las reacciones de los demás a sus actos. Sin embargo, en muchas circunstancias son fundamentales las consideraciones estratégicas. La economía moderna ha comenzado recientemente a incorporar la incertidumbre en el análisis de la conducta de las empresas y de las economías domésticas».

(6) El prototipo del juego competitivo es el juego de suma nula: la ganancia de un jugador consiste en la pérdida que sufre el otro. En la práctica son extraños. En los juegos llamados de suma no nula cada parte, en cambio, gana o pierde más de lo que pierde o gana el contrario. Cfr. DAVIS, *Teoría del Juego* (1971) p. 83. **Los juegos productivos son juegos de suma no nula que se determinan porque la suma de las ganancias de todos los jugadores puede ser superior a cero**. Es en estos casos cuando la conducta cooperativa cobra todo su valor.

(7) **Dos estrategias están en equilibrio si ningún jugador gana cambiando unilateralmente su estrategia**. El resultado (pago) correspondiente a este par de estrategias se define como el punto de equilibrio. Como sugiere el nombre, los puntos de equilibrio son muy estables. En los juegos bipersonales de suma cero puede haber más de un punto de equilibrio, pero, si los hay, todos tendrán el mismo pago. En los de suma no nula no es preciso que los puntos de equilibrio tengan el mismo pago: un punto de

6. Determinados sectores, en que los **competidores están al abrigo de reacciones penalizadoras del mercado** y los consumidores sólo pueden obtener **informaciones incompletas sobre la calidad** de los bienes ofertados, se prestan fácilmente a la aparición de **comportamientos oportunistas** y, en consecuencia, a generar inevitablemente pérdidas de utilidad general (8).

La estrategia del oportunista es sencilla: a falta de la amenaza de una posible pérdida de clientela, es muy posible que el productor poco escrupuloso **rebaje precios a costa de empeorar la calidad** de los productos. En estas condiciones los demás competidores que opten por ofrecer buenas calidades a precios justos no pueden resistir mucho tiempo. La única posibilidad de sobrevivir es sumarse a la rebaja de calidades (9).

equilibrio puede atraer a **ambos** jugadores más que otro, así en el dilema del prisionero: vid. DAVIS, cit. p. 45.

(8) Lo paradójico está en que la **cooperación, aun siendo maximizadora, no se produce fácilmente**. El dilema del prisionero, un problema clásico en la corta historia de la teoría de los juegos, ilustra esa dificultad: dos hombres sospechosos de cometer juntos un crimen son detenidos y situados en celdas separadas. Cada sospechoso puede confesar o no y cada uno conoce las consecuencias de su postura: i) Si un sospechoso confiesa, siempre que su compinche no haga lo mismo, cambia la evidencia y queda libre y el otro va a la cárcel veinte años; ii) Si ambos confiesan, los dos van a la cárcel cinco años; iii) Si ambos permanecen callados, ambos son condenados a prisión por un año por tenencia ilícita de armas, un cargo menor. El dilema de los prisioneros se escenifica de modo que ambos tengan que elegir simultáneamente: en consecuencia, ninguno puede saber qué estrategia elige el otro. El resultado es sorprendente. Cada jugador tiene dos decisiones básicas: puede actuar cooperativamente o no cooperativamente. Cuando ambos actúan cooperativamente, consigue cada uno mejor resultado que cuando no lo hacen. Pero, **para cualquier estrategia fijada por el otro jugador**, siempre se consigue más actuando no cooperativamente que cooperativamente. Es preferible la versión castellana de *free rider* —origen en WILLIASON, *Markets and Hierarchies* (1975)— por «gorrón» tal como se hace en la traducción del libro de NORT, *Estructura...*, cit. p. 62 y ss. **Lo racional** es entonces **no jugar cooperativamente** puesto que sólo de este modo con seguridad minimizan pérdidas los jugadores: aunque desde luego esa opción garantiza que **nunca se alcanzará la eficiencia**, maximización de ganancias posibles. El dilema del prisionero fue inventado hacia 1950 por Merrill Flood y Melvin Dresher: vid. sobre este punto AXELROD, *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de los juegos* (1986) p. 18 y ss.

(8) La superación de la dialéctica del prisionero sólo puede conseguirse mediante la **confianza mutua**. Lo grave del caso es que está demostrada la **dificultad de generar espontáneamente** la confianza necesaria: el jugador oportunista es un peligro real. En el dilema del prisionero el asumir que el oponente cooperará es una mera suposición: DAVIS, cit. p. 116. Cabría pensar que el dilema podría superarse cuando hay posibilidad de que el juego se repita. El jugador cooperativo puede señalar al contrario la ventaja de la estrategia cooperativa arriesgándose a jugarla en primer lugar en prueba de su buena fe. Sin embargo las dificultades de cooperación resurgen si el juego es finito: no puede repetirse indefinidamente. AXELROD, cit. p. 21: cada prisionero, ante el peligro de que su adversario se adelante a delatarle, tratará de **anticiparse**; en consecuencia lo probable es que ya ambos confiesen ya en el primer interrogatorio. Cfr. sobre el juego de **plazo incierto** DAVIS, cit. p. 112.

(9) Sobre el mercado de limones y la **selección adversa**, AKERLOF, *The Market for*

7. Ahora bien, la generalización de los malos productos realimenta la desconfianza del consumidor, lo que no puede dejar acarrear perjuicios a todo el **sector**, que a la larga resultará **penalizado en su conjunto** (10).

Una de las consecuencias de esta situación es que el mercado se estrecha: relativamente hay pocos compradores y pocos vendedores. Incluso en algunos casos el mercado puede ser tan estrecho que casi no existe: mercado incompleto. Los compradores en lugar de arriesgarse simplemente no compran.

8. La conducta no cooperativa puede volverse no sólo contraria al interés inmediato del conjunto de competidores que operan en un mercado sectorial, sino obstativa de la eficiencia económica general: así cuando afecta a determinadas actividades que funcionan como llaves de la competitividad de la economía de un país. Y no hay que olvidar que, por desgracia, el comportamiento cooperativo, en ausencia de acuerdos previos vinculantes entre las partes, se ha demostrado difícil de conseguir (11).

En estas condiciones la reducción de los costes de información o la **implantación de sistemas que los limiten** drásticamente se convierte en un **objetivo** de primer orden: sea mediante mecanismos económicos o el auxilio de instituciones sociales, sea mediante intervenciones estatales, se vuelve entonces imperiosa la necesidad de garantizar la calidad de los productos ofrecidos a los consumidores y la identidad de sus propietarios (12).

Lemons, Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, en *QJE* (1970) p. 488 y ss. Un resumen claro así como de la dinámica de los mercados estrechos en STIGLITZ, *Economía* (1993) p. 545 y ss.

(10) Sobre los procedimientos que el jugador puede seguir durante el curso del juego para enseñar reciprocidad a su contrincante: cfr. el modelo de AXELROD, cit. p. 132 y ss sobre el **toma y daca**.

(11) DAVIS, cit. p. 125 y 141.

(12) Una solución es generar **etiquetas, estereotipos o marcas** que permiten conocer la estrategia de cada jugador antes incluso de que la interacción empiece. AXELROD, cit. p. 140 y ss. **Sobre la reputación** como una especie de garantía y a su vez como barrera de entrada, WEIZSÄCKER, cit. p. 124. Otra solución: «Tendría que haber leyes que impidiesen esas cosas» es reacción corriente de quienes se encuentran en el dilema del prisionero. Lo que hacen los gobiernos es modificar la estructura de pagos **penalizando** duramente al **gorrón**. Si el castigo de la defección es muy grande, la cooperación es inevitable: AXELROD, cit. p. 129-131.

1. Es conocida la **opacidad del mercado inmobiliario**, que encarece comparativamente sus costes de transacción: entre ellos, en razón del elevado volumen que pueden alcanzar, no son despreciables los necesarios para conocer la identidad de los titulares de los derechos que se ofertan, así como el número y la naturaleza de las cargas que gravan los inmuebles, en su mayor parte ocultas.

La **situación jurídica de los inmuebles determina su utilidad** y valor. Su conocimiento es indispensable para el interesado en adquirir, en cuanto es uno de los componentes que permite definir el precio.

Nuestro objetivo consiste en el análisis de los problemas que, en un mercado específico como es el inmobiliario, generan los **costes de información jurídica**: uno de los costes típicos del intercambio. Dos características de ese mercado conviene ahora destacar:

2. En primer lugar, lo difícil que resulta al adquirente apreciar, en el momento de la compra, la **calidad** de los bienes orientados. Sólo con posterioridad, transcurrido incluso un largo espacio de tiempo, se podrá comprobar cuál era efectivamente la calidad (también la jurídica) del producto que se ha adquirido.

El verdadero **estado jurídico de la propiedad** no es susceptible de ser descubierto mediante un esfuerzo personal de **búsqueda**, de investigación, por parte del que pretende adquirir: el hipotético comprador encontraría dificultades insuperables en saber si verdadero propietario es el que se ofrece como tal (1) y si hay más cargas que las aparentes (2). En este punto el cliente potencial está indefenso.

(1) La propiedad sin posesión no es visible: en Derecho alemán el propietario posee a través del poseedor; cfr., por todos, WOLFF, *Derecho de Cosas* (1944) p. 39 y ss., aunque ciertas tradiciones vulgaristas, como parece ser el caso de nuestro Derecho, admiten una cuasiposesión directa del mero propietario: para el nacimiento y extensión del concepto, KASER, *Derecho Romano Privado* (1968) p. 93-94. Esta distinción jurídica entre *propietas* y *posesio*, a pesar de su dificultad, fue valorada tradicionalmente como uno de los logros más brillantes de la cultura jurídica: popularizada por la doctrina del Derecho natural jugó un papel de peso en las discusiones sobre contractualismo político que mantuvieron los filósofos del xvii y xviii. Resulta irresistible, por significativa, la cita de KANT, *Principios Metafísicos del Derecho* (1974) p. 65 y ss.

(2) En cuanto a las cargas ocultas, nuestro Código civil dispone que las servidumbres discontinuas y no aparentes sólo pueden adquirirse en virtud de título y parece excluir la usucapión, a falta de posesión, según la opinión más segura: sobre la cuasi posesión de servidumbres, LACRUZ, *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes*, en EDC (1958) p. 37 y s. Por lo que se refiere a la hipoteca basta decir que ya en Derecho griego fueron evidentes las rémoras a la venta de fundos hipotecados. Cfr. GERNET, «*Horoi*» hipotecarios en *Antropología de la Grecia Antigua* (1980) p. 313 y ss.: *ōpos* es un mojón que, plantado en el suelo, testifica por medio de una inscripción que se ha hipotecado un terreno.

3. En segundo lugar, las dificultades que el mercado inmobiliario encuentra para expulsar los comportamientos estratégicos de otros competidores sancionando al oportunista que trata de «vender gato por liebre»; y, sin duda, un **peligroso oportunista es el que se hace pasar por propietario** (3).

Este resultado contribuye a **multiplicar la incertidumbre** del consumidor y también en consecuencia la evidencia de la imperfección del mercado. Los compradores, ante la dificultad de evaluar las calidades de los bienes ofertados debido a los elevados costes de información, comparará sólo los precios y seleccionará el artículo que lo tenga más barato. En estas condiciones la única posibilidad de sobrevivir en el mercado es operar con productos de baja calidad a fin de poder aguantar el descenso de precios.

A la larga los ofertantes de malos productos desplazan a los de los buenos: a medida que baja el precio sólo resisten los peores. Ahora bien cuando la calidad se deteriora y baja el precio, una vez llegados a cierto punto, la cantidad demandada disminuirá: **la dinámica de la selección adversa domina el mercado inmobiliario**.

4. El competidor, que con su conducta rompe la confianza y genera la retracción de posibles adquirentes, difícilmente podrá ser sancionado individualmente: la dinámica habitual del mercado inmobiliario **obstaculiza** la formación de **clientelas** (4).

El ofertante que conscientemente comercializa productos de mala calidad (gravados con cargas ocultas que no declara), o que se hace pasar por propietario, no suele recibir sanción alguna porque, aunque concurra habitualmente al mercado, cada cliente normalmente le compra una sola vez.

En efecto, el intercambio inmobiliario normalmente se materializa mediante **operaciones aisladas**: aunque sea posible que un consumidor a lo largo de su vida repita una misma operación, sería casual que las realizase precisamente una misma persona. No hay que olvidar, además, la tradicional importancia que en el sector siguen teniendo las segundas transmisiones, las ventas de viviendas de segunda mano, en que el vendedor es ocasional: no repite operación en el mercado.

(3) El *crimen stellionatus* es soporte tradicional del mercado de garantías en Derecho Romano: es reo el que pignora dolosamente una cosa ajena o ya pignorada. Abarca, en principio, todo tipo de fraudes no sancionados de otro modo: cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (1968) p. 387 y n. 8.

(4) Imposibilitada la búsqueda, la **ausencia de clientelas** impide el **reconocimiento social del producto de calidad**. Sobre selección adversa en que quiebra uno de los tres postulados de la economía neoclásica (relación inversa entre precio y cantidad demandada), cfr. la sencilla exposición de STIGLITZ, cit., p. 545.

Los consumidores, en consecuencia, reaccionarán al empeoramiento de la calidad media de los productos y no de los de un ofertante particular, por lo que este último no resultará penalizado, sino el conjunto de los competidores que sufrirán emigración de clientes y el consiguiente **estrechamiento del mercado**.

5. La mejor manera de superar esta dialéctica ruinosa sería **modificar las reglas del juego** penalizando severamente el comportamiento oportunista mediante acuerdos vinculantes entre los competidores que forzasen la lealtad mutua (cooperación) (5).

Por desgracia, en el mercado inmobiliario existe una insalvable dificultad para conseguirlos: la identificación de todos los posibles competidores impone costes de transacción insuperables. Muchos de los derechos sobre fincas están ocultos, por lo que el descubrimiento de sus titulares exigiría una costosísima investigación.

6. Ante este fracaso, la única alternativa viable parece ser la adopción de medidas jurídicas apropiadas que permitan superar las dificultades: cooperación forzosa. Tradicionalmente las **medidas coercitivas** adoptadas por los Estados fueron de **dos clases**:

i) El riesgo por razón de la incertidumbre sobre el verdadero estado de la propiedad que se transmite es de cuenta del vendedor: *evictio*. Las manifestaciones del vendedor sobre su condición de propietario de las fincas transmitidas y el número y naturaleza de los gravámenes que las afectan

(5) La atención sólo a la calidad media y consiguiente ausencia de productos de nombre indica existencia de riesgo (incertidumbre) sobre cuál sea comportamiento de los competidores (falta de cooperación). Necesario SPENCE, *Marquet Signalling* (1974): las **etiquetas** son características fijas de los jugadores, observables por los demás, que pueden explicar la aparición de comportamientos sociales estables (*status*) y en consecuencia también la **formación de jerarquías sociales** perfectamente definidas. Sin embargo el origen de la marca está probablemente en otro sitio: ligada al hurto de reses y el delito de abigeato. Sobre este punto mucho tiene que decir A. OTERO. Cfr. también BRAUDEL, *Civilisation matérielle et Capitalisme* (1967): todavía en «Inglaterra a comienzos del XIX, (los) cuatreritos formaban por sí solos una categoría social». El dilema del prisionero permite también excelentes análisis del efecto conocido como **tragedia de los comunes**. Cfr. HARDIN, *La tragedia de los espacios colectivos*, en DALY (comp.), cit. p. 111 y ss. La conducta racional impone su sobreexplotación y en consecuencia su agotamiento a la larga: las **ganancias** por una sobreutilización **son más**, las apropios en exclusiva; pero las **pérdidas** nos las repartimos **todos**. Como señala DAWES, *Social Dilemma*, en ARP (1980), las variantes al planteamiento tradicional del dilema del prisionero se reducen a: i) el daño causado por una defección (falta de cooperación) queda difuminado entre muchos jugadores y no concentrado en uno solo; ii) la conducta de cada jugador porque son muchos puede quedar anónima; iii) y lo más importante, ninguno de los jugadores tiene un control de refuerzo total sobre la conducta del oportunista, pues los pagos quedan determinados por lo que están haciendo también muchos jugadores diferentes: juego de suma no nula de *n*-jugadores.

le obligan a indemnizar daños y perjuicios en el caso de que luego se demuestren inexactas: **infracción de la confianza** (6).

La obtención y divulgación posterior de la información así como la responsabilidad por su veracidad se carga a la parte que puede obtenerla con menos coste y que además está en grave peligro de seguir la tentación oportunista, en razón de los enormes beneficios que sabe le reporta la conducta fraudulenta.

ii) Hoy sin embargo **esta añeja solución**, que impone al vendedor la garantía del estado jurídico de la propiedad en atención a las evidentes asimetrías de información que sobre este punto existen entre comprador y vendedor, ha sido **desplazada**. La vieja doctrina romanista que trata el riesgo de la incertidumbre jurídica como cualquier otro riesgo contractual empieza a ser postergada en Derecho continental ya en la Edad Moderna, definitivamente en el pasado siglo.

En un mercado continuo, en que la tierra cambia de manos con cierta frecuencia, el conocimiento del verdadero estado jurídico de los fundos es muy dificultoso incluso para el propietario.

Las **monarquías absolutas**, reconociendo esta situación, intervinieron en el régimen transmisivo de la propiedad inmobiliaria optando por la **implantación de un sistema** que luego se llamó **de seguridad del tráfico**. Por esta vía se **limitaron drásticamente los costes de información**: sólo la propiedad publicada en los libros oficiales es tenida y en consecuencia defendida como tal (7).

La violencia y profundidad de las medidas adoptadas en reforma del estado civil de la propiedad tiene necesariamente que impresionar al observador neutral una vez ha superado la tendencia natural a juzgarlas inevitables, en vista de la general aceptación con que han sido incorporadas como elementos imprescindibles de nuestro moderno sistema económico.

(6) Se parte de que el **riesgo de evicción es un riesgo contractual** y se imputa según el criterio analítico a quién puede defenderse mejor contra él: se estima existe una notable asimetría en la información de que dispone cada parte en favor del vendedor. Cfr. SCHÄFER-OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1986) p. 269 y ss. Sobre si el resultado de evicción supone el incumplimiento de una obligación contractual (de hacer propietario en el caso de la compraventa) o de solo una obligación accesorio de garantía, cfr. ahora RUBIO, *Contrato de Compraventa y Transmisión de la Propiedad* (1993).

(7) Entre las intervenciones que se producen en el contexto europeo es de destacar, por su especial importancia en el Derecho contemporáneo, el sistema de las *lettres de ratification* del **Edicto de 1771** que reforzó notablemente el régimen de publicidad obligatoria de las transmisiones inmobiliarias de 1673. Cfr. GIFFARD-VILLERS, *Droit Romain et ancien Droit Français (Obligations)* (1976) p. 411 y ss. Para una valoración de la evolución general y sus repercusiones en la legislación española oso remitir a PARDO, *Entre la purga y la Fe Pública. Génesis del sistema hipotecario español*, en *RCDI* (1993). Una valoración del sistema hipotecario español, según sus orígenes, en el contexto europeo: imprescindible OLIVER, *Derecho Inmobiliario Español* (1892).

1. Los Estados, en casi todos los países europeos, han reaccionado contra la excesiva **incertidumbre** que generaba el sistema transmisivo de Derecho romano: los adquirentes se veían obligados a soportar una intolerable inseguridad respecto a la firmeza de sus adquisiciones. Las **medidas correctoras** se centraron en dos puntos:

i) Una innovación material: sólo la información que publican los libros oficiales, creados *ad hoc*, será pertinente para el tercero que pretenda adquirir derechos sobre fincas. Mediante el expediente de reconocer como propietario indiscutible sólo al que publica su derecho en los libros oficiales, los costes de información se redujeron de manera drástica: en beneficio del adquirente **prevalece** siempre la **verdad oficial sobre la real** caso de ser discordantes.

ii) La otra innovación fue formal: con la finalidad de facilitar el acceso a la información de los posibles interesados, los Estados optaron por concentrarla en centros de naturaleza pública, procediendo a plantear las oportunas instituciones (1).

2. Los resultados de esta política intervencionista se aprecian en toda su dimensión cuando se repara que **su éxito** pasa por aceptación de **quiebras ocasionales del principio de consentimiento**: como sabemos, **cancerbero** de la estabilidad de aquellas situaciones en que existe una **asignación eficiente** de recursos.

La transmisión voluntaria prueba la eficiencia del intercambio: sólo cuando el intercambio es voluntario deja de ser un juego de suma nula y se transforma en un verdadero acto creador (2).

(1) Sirvan de ejemplo las **conservadurías** francesas: se implantan definitivamente en 1771 como necesario presupuesto del **juicio de liberación** o **purga** que se establece en la Ley hipotecaria de 1798. Su denominación deriva de que sólo los derechos transcritos **eran** conservados, o sea tenidos en cuenta, en el procedimiento de purga: el comprador, que aspiraba a obtener la liberación del inmueble, presentaba su título de compra en la Escribanía del Juzgado competente; seguidamente se fijaba a las puertas del Juzgado un extracto del contrato durante dos meses, para que los que tuviesen algún derecho de hipoteca sobre la finca vendida ejercieran la acción correspondiente, para la conservación de su derecho, ante el encargado del Registro, bajo apercibimiento de que, transcurrido dicho plazo, quedarían privados del que tuvieran sobre el inmueble. Si se presentaban algunos acreedores, se tomaba razón de los títulos de los derechos a fin de poder hacerlos efectivos sobre el precio de compra por orden de fechas: vid. OLIVER, cit. p. 169-173.

(2) Resume LAPAGE, *Por qué la Propiedad* (1986) p. 95-96: se trata de conseguir que el control de los **recursos se oriente** a aquellos que pueden hacer el **mejor uso** de ellos...; el **instrumento** para conseguirlo es el **principio de libre transferencia** de los derechos... Cuando (el intercambio) es puramente voluntario, en una sociedad de hombres libres y bajo el único impulso de los intereses individuales, el intercambio permite que los recursos, a medida que cambian las necesidades y evolucionan las técnicas, sean constantemente reorientados hacia los campos de mayor utilidad social.

Por esta razón las virtuales expropiaciones que el juego de la seguridad de tráfico puede producir no cabe justificarlas ciertamente en el criterio paretiano (3). Gana uno pero porque pierde otro: el que adquiere del propietario oficial mejora su posición, pero a costa de perjudicar al propietario real, privado del inmueble contra su voluntad.

3. Sin embargo, en general, la razonabilidad de estas medidas no ha sido discutida seriamente ni desde un punto de vista del bienestar social ni siquiera de la eficiencia económica.

Sencillamente se han considerado acertadas con apoyo en el genérico argumento de que son necesarias a fin de que el mercado pueda cumplir mejor con su función. Esta afirmación general se resuelve en tres tipos de argumentos:

i) Se razona que no hay duda que la limitación de los costes de información jurídica reduce los costes de transacción y que, en consecuencia, tampoco debería existir duda de que tal ahorro es en sí mismo beneficioso: libera capital hacia tareas productivas.

Ahora bien la política de ahorro de costes transaccionales no es buena a cualquier precio. Lo grave de la seguridad de tráfico es que, para economizar costes de transacción, priva de su propiedad, si fuese necesario, al propietario original, propietario eficiente en tanto en cuanto no quiere dejar de serlo.

No se busca la reducción de costes de transacción simplemente porque sí, sino para facilitar que los bienes sean asignados a quien los use de manera más eficaz; y éste no es un resultado, como vimos, asegurado por el juego de la seguridad de tráfico: más bien, a la vista de lo ya dicho, porque llega a privar de su derecho al propietario contra su voluntad, debe presumirse lo contrario (4).

(3) STIGLITZ, cit. p. 76: «Cuando los economistas dicen que el intercambio voluntario mejora el bienestar de los dos participantes, eso no significa que los dos estén satisfechos...; dice simplemente que cuando la gente decide cerrar un trato prefiere cerrarlo a no cerrarlo» dado su nivel de información que nunca puede ser totalmente completo si se quiere que el mercado funcione. Si los partícipes en el mercado conociesen no sólo los recursos de que disponen, precios y calidades de los productos, sino también las preferencias y situación económica de sus contrincantes, la tentación del mercado desaparece y se impone la guerra de todos contra todos: la conducta estratégica mediante la utilización de engaños o amenazas se vuelve económicamente más rentable. Cfr. VELJANOVSKY, *The new Law and Economics* (1982) p. 54 y ss.

(4) Afirma convincentemente PAZ-ARES, cit. p. 21-23: «Las reglas de seguridad de tráfico rebajan los costes totales de la transacción. Esta circunstancia es **condición necesaria pero no suficiente** de la eficiencia en la protección del tráfico. Para comprender este punto hemos de tener en cuenta que esa reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita a través de la imposición forzosa de la transacción al titular. Por lo tanto no basta reducir los costes para justificar esas reglas, sino que es

ii) Si se limitan los costes de información, se argumenta, se facilita la circulación, con lo que se refuerza la **eficiencia del mercado**. La disminución de los costes de información permitirá transmisiones de bienes que en otro caso no se producirían.

Pero, como se ha dicho con acierto, «la circulación no es un fin en sí mismo; son meramente medios para un fin que cabalmente consiste en el disfrute de los recursos... Ahora bien si la finalidad última del tráfico es el disfrute, no se entiende por qué se va a preferir el adquirente frente a su titular» (5).

iii) Por último, se afirma, si se reducen costes de transacción, se consigue que se asignen los bienes al propietario eficiente, a quien en definitiva los explota en forma más eficiente.

Pero ¿de qué eficiencia y de qué propietario hablamos? El propietario original es eficiente precisamente porque no quiere vender y éste es el único penalizado por la implantación de un sistema de seguridad de tráfico (6).

4. Cabría sin embargo intentar la defensa de la seguridad del tráfico desde otro punto de vista y argumentar que el abaratamiento de los *costes de información* redundaría también en beneficio directo de los propietarios actuales.

Estos, porque existe la seguridad de tráfico, pueden esperar razonablemente una mayor y más fácil valorización de sus fincas: su margen de beneficio se agranda y el tiempo de espera para la realización de sus ganancias se acorta, en la misma medida que se reducen los *costes de transacción*.

Este argumento tampoco convence: la limitación de la información jurídica pertinente, en defensa de la seguridad de tráfico, puede llegar a perjudicar al propietario actual, por hipótesis, propietario eficiente mientras (y porque) no desea dejar de serlo.

Como consecuencia de la **implantación de un sistema de seguridad de tráfico**, los propietarios no pueden hurtarse al **riesgo de una eventual**

necesario reducirlos precisamente respecto de aquellas y sólo de aquellas transacciones típicamente eficientes. ¿Qué sentido tiene reducir los costes de transacción que no se quiere efectuar si semejante reducción se logra decretando la transacción que no es deseada?»

(5) PAZ-ARES, cit. p. 17-18.

(6) La espontaneidad del mercado, que presupone la libertad de contratación de los partícipes, es la salvaguardia del funcionamiento del sistema de precios: de ahí su importancia capital. La idea antisocialista de que los **precios** son un **mecanismo de comunicación de informaciones, sin el que ningún sistema económico puede funcionar eficientemente**, es responsabilidad de la escuela austriaca: la economía dirigida sería un imposible **epistemológico**. Para un resumen de sus posiciones políticas cfr. HAYE, *Camino de servidumbre* (1978).

pérdida de sus derechos, lo que **origina nuevos gastos**: los *costes de conservación o vigilancia* con el fin de impedir una transmisión inconsentida de los mismos (7).

5. Desde un punto de vista *económico*, una política de seguridad de tráfico será eficiente si el ahorro que permite en *costes de información* supera el montante de los nuevos gastos de conservación que genera.

Pero la existencia de este ahorro no es un criterio **decisivo** que justifique, de por sí, la implantación de un sistema de seguridad. Los gastos de conservación aumentan cuando los costes de información disminuyen: el mero hecho de que los *costes de vigilancia* o de conservación sean inferiores a los de información, de que se produzca ahorro en cifras, no justifica, por sí solo, el que se fuerce al propietario actual a asumir gastos de vigilancia, por pequeños que sean.

El **propietario no interesado en vender** está haciendo, por hipótesis, un **uso eficiente de sus bienes**. No se ve la razón de forzarle a **asumir costes de vigilancia** de su propiedad en **beneficio** de aquellos propietarios que sí **están interesados en transmitir** precisamente en razón del **mal uso que hacen de los suyos**.

1. El **criterio superior** de Pareto **no** permite justificar la decisión de implantar un **sistema de seguridad de tráfico**, tal como lo entiende y practica el moderno Derecho inmobiliario: mejora ciertamente uno, el tercero protegido, pero siempre a costa del perjuicio que soporta otro, el *verus dominus*.

Falla aquí la **prueba del intercambio eficiente** precisamente porque **falla el intercambio voluntario**: por hipótesis la adquisición protegida es *contra domino* y no hay nada que garantice, más bien todo lo contrario, que el nuevo propietario sea más eficiente que el propietario original.

(7) *Típicos costes de enforcement* que tratan de eliminar la distinción entre tiempo presente y futuro: se trata de operar con los resultados esperados como si realmente ya se hubiesen producido: cfr. POSNER, cit. p. 63-67. Plásticamente, para poner de relieve la importancia de la incertidumbre, ARROW, *Bienestar...*, cit. p. 144, señala que «la producción de un bien dado en condiciones de incertidumbre puede describirse como la producción de un vector de opciones de bienes», al tiempo que advierte sobre la imposibilidad de lograr una asignación óptima del riesgo. La incertidumbre sobre el resultado futuro o el mantenimiento futuro de la situación presente, evidentemente, se dispara en las relaciones duraderas. Sobre la estructura de los contratos a la luz del análisis económico, CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of a Non Exclusive Resource*, en *JLE* (1970), reproducido en FURUBOTN-PEJOVICH, *The Economics of Property Rights* (1974).

2. Ahora bien del indiscutible hecho, con el que por lo demás tiene que contar cualquier política de seguridad de tráfico, de que puedan llegar a producirse intercambios forzados de bienes como consecuencia del juego del principio que se quiere implantar, no cabe deducir la existencia de obstáculo insalvable a la implantación de un sistema de seguridad de las transmisiones inmobiliarias.

La suerte de un mercado tan importante como es el inmobiliario, caso de probarse dependiese de la implantación de la seguridad del tráfico, no puede quedar en manos de los ocasionalmente perjudicados por los eventuales fallos del sistema que se intenta implantar (1).

3. El problema se ventila a otro nivel. **No se trata de evaluar la eficiencia de contratos realizados dentro de un marco jurídico e institucional determinado, sino de juzgar la eficiencia del propio marco jurídico antes y después de las medidas correctoras que se proponen:** en nuestro caso las necesarias para implantar de un sistema de seguridad del tráfico inmobiliario (2).

Cuando nos situamos a esta altura, la perspectiva cambia: el principio de unanimidad, como guía en la toma de decisiones, es ciertamente un criterio seguro pero a veces sin duda poco práctico. Por esta razón las decisiones políticas de cierta envergadura nunca cumplen con la unanimidad real y se limitan a buscar amparo en la llamada **unanimidad hipotética**: deben considerarse legítimas aquellas decisiones que de ser consultadas a los ciudadanos serían admitidas con toda probabilidad.

Lo grave es que ni siquiera cabría tener, sin más ni más, por cumplido hipotéticamente el *test* de la unanimidad cuando, como es el caso, parece

(1) El **retórico del principio productivista domina aquí** la toma de decisiones: se trata de saber si la actividad regulada genera más riqueza que la que destruye como consecuencia de la regulación propuesta: el crecimiento generaría consenso. «Así en los casos en que cierta política conduce a un incremento de productividad física y, por lo tanto, del ingreso real total, el argumento del economista a favor de esa política no se ve afectado, en absoluto, por la cuestión de la comparabilidad de las satisfacciones individuales, porque en todos esos casos es posible (!) colocar a cada individuo en una situación mejor que antes, o por lo menos mejorar la situación de algunos, sin empeorar la de nadie», en KALDOR, *Las Proposiciones del Bienestar en la Economía y las Comparaciones Interpersonales de Utilidad*, en ARROW-SCITOVSKY (comps.), *La Economía del Bienestar* (1969) p. 10-11.

(2) Este planteamiento remite al de BUCHANAN-TULLOCK, *The calculus...*, cit., cuando distinguen **dos niveles de contratación**: los **contratos** de primer orden se producen dentro del marco jurídico vigente; por el contrario, los de **segundo orden** versan sobre las **modificaciones del propio marco**. Unos y otros tienen que ser consentidos por los implicados (unanimidad). Ahora bien los cambios de normativa, porque nos implica a todos, serían imposibles si se exigiese la unanimidad real: de ahí baste la llamada unanimidad hipotética.

segura la resistencia de los afectados: la implantación del sistema de seguridad exige que los propietarios civiles pasen por una eventual reasignación de los derechos de propiedad y una general dilución de sus medios de defensa (3).

4. En resumen, ciertamente parece razonable decidirse por una política de modificación de la configuración concreta de los distintos poderes jurídicos inmobiliarios cuando su reasignación voluntaria se demuestra obstaculizada en exceso, ya por la existencia de costes de transacción prohibitivos, ya por la probabilidad de conductas estratégicas de los interesados.

Sin embargo, semejante opción deberá compatibilizarse, si no con el principio de unanimidad, sí al menos con **la proposición del bienestar general**.

Será legítima la decisión propugnada si **mejora un miembro de la sociedad, aunque otro se perjudique, y la ganancia del primero permite indemnizar al segundo y además retener algún beneficio**: sólo en consecuencia si cualquier miembro de la sociedad puede esperar una indemnización por los perjuicios que suponga la pérdida de su derecho como consecuencia del funcionamiento del nuevo sistema implantado (4).

Debe, en todo caso, advertirse que no es preciso que la indemnización se produzca efectivamente: en este caso se habría cumplido con el criterio paretiano. No es por tanto obligado que la indemnización sea inmediatamente exigible, que sea individual y coetánea al daño sufrido (principio de compensación especial), sino que basta con que sea **general**: es suficiente con que, a la larga, todo el mundo acabe encontrándose mejor que si la decisión no se tomase: principio de compensación general (5).

(3) La proposición de Bienestar General, cfr. nota 1, es compatible con la unanimidad cuando los perjudicados por la modificación pueden esperar ser resarcidos con los nuevos excedentes obtenidos, lo que da juego a las llamadas valoraciones débiles que remiten a la cuasi-unanimidad: cfr. ARROW, *Social Choice...*, cit.

(4) Dos situaciones alternativas, en un universo de dos personas, pueden simultáneamente (inconsistencia) cumplir con el principio de Kaldor según se opte por juzgarlas a partir de las preferencias de una u otra y, en consecuencia, ambas pueden ser elegidas racionalmente: SCROVSKY, *Una nota sobre las Proposiciones del Bienestar en Economía*, en ARROW-SCROVSKY, cit. p. 24, que resume: «Primero, debemos averiguar si es posible redistribuir el ingreso en la nueva situación, en forma tal que cualquier persona mejore su posición, respecto a la situación inicial; en segundo lugar debemos averiguar si no es posible, partiendo de la situación inicial, y mediante una mera redistribución del ingreso, alcanzar una posición superior a la situación nueva, otra vez desde el punto de vista de todos. Si lo primero es posible, y lo segundo imposible, diremos que la nueva situación es mejor que la anterior. Si lo primero es imposible y lo segundo posible, diremos que la nueva situación es peor; y si ambas son posibles, o imposibles, nos abstendremos de formular una proposición de bienestar».

(5) Sobre el principio de compensación, MISHAN, *Welfare Economics* (1964).

5. El principio de compensación sostiene que un cambio de política conducirá a un **aumento neto de bienestar** si los **beneficios agregados superan a los costes agregados de modo que sea posible a los beneficiarios compensar a los perjudicados**. Estos son precisamente los fundamentos teóricos del análisis coste-beneficio: para unos costes dados, elección de la opción que maximiza los beneficios (6).

El problema es que esta técnica sólo es utilizable en términos de equilibrio parcial, lo que le priva de su utilidad como instrumento de análisis de las decisiones políticas que generan transformaciones de importancia en el contexto social o económico.

Las **consecuencias del cambio** sólo **pueden ser evaluadas** con seguridad si se desarrollan en un **entorno económico más amplio** que básicamente permanece **inalterado**. Este marco invariable proporciona la referencia de precios necesaria para poder expresar en forma monetaria los costos y beneficios a calcular.

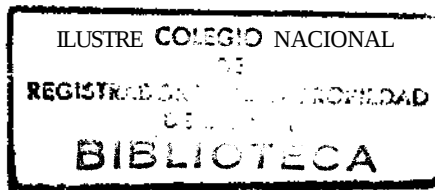
La imprecisión en el valor monetario de las indemnizaciones o compensaciones puede despreciarse cuando el cambio a analizar es pequeño en relación con el sistema económico en que se produce. La inversa, por desgracia, es también rigurosamente cierta: si la política en estudio es susceptible de cambiar sustancialmente el sistema económico, es necesario analizarla en el contexto del equilibrio general, y no contamos con un cuerpo de teoría fiable para semejante tarea: cuanto más grande son los cambios considerados, menos fiable es la técnica de análisis.

El alcance de la **indeterminación contable** que se produce en el marco global económico como consecuencia de la implantación del sistema hipotecario en razón de las alteraciones de precios que inevitablemente se producen en el mercado inmobiliario es difícil y, en consecuencia, aun disponiendo de los medios estadísticos oportunos, donde no es necesario decirlo está todo por hacer, parece poco decisivo.

6. Llegados a este punto, parece que hemos encallado en lugar de difícil salida. Es ahora, por ello, el momento oportuno para recuperar la noticia de tres hechos que tensen de nuevo el hilo del discurso: la doctrina científica desde perspectivas distintas y la práctica de los Estados conforman un principio de apoyo argumental que prestan una oportuna ayuda:

i) La analítica económica no duda de la necesidad de un sistema de seguridad de tráfico inmobiliario: «Imaginemos una sociedad en la que no hubiese un Catastro ni un servicio central de Registros que actualizase

(6) Sobre análisis coste/beneficio, PREST-TURVEY, *Cost-benefit analysis: a survey*, en *EJ* (1965) p. 683 y ss. Vid. la ilustrativa aplicación de FOSTER-BREESLEY, *Estimación del Beneficio Social de la construcción de un ferrocarril subterráneo en Londres*, en ARROW-SCITOVSKY, cit. p. 103 y ss.



constantemente el censo de los títulos de propiedad, introduciendo las modificaciones que continuamente se producen en dichos derechos, el mercado, instrumento básico de la racionalidad económica, sólo podría funcionar con graves dificultades» (7).

ii) Tampoco la moderna doctrina jurídica: «los Registros públicos conducen a una exoneración de los costes de información para el tráfico jurídico y a un gravamen para aquellos cuyos asuntos son afectados por inscripciones o publicaciones registrales inexactas, pero, al mismo tiempo, a una reducción de los costes de información en general. Sobre esto ya no es necesario detenerse más» (8).

iii) En todo caso ayuda la experiencia histórica: los Estados europeos no han adoptado en este punto un modelo uniforme, pero todos han limitado los *costes de información* y en consecuencia incrementado en medida proporcional, aunque inferior, los costes de *vigilancia* de los actuales propietarios (9).

Este último hecho, sobre todo, inclina a presumir que son razones de interés general las que justifican la necesidad de la implantación, en el mercado inmobiliario, de un sistema de seguridad que limite de modo significativo los *costes de información*.

7. Reconfortados por estos apoyos, se impone intentar una última aproximación al problema que presenta el análisis de cualquier política intervencionista, como es la inmobiliaria, aceptando la perspectiva propuesta por un reciente investigador.

La dificultad de realizar un análisis de costes/beneficios sobre los efectos de la reforma hipotecaria no debe llevarnos a buscar un fácil, pero falso amparo, en la **cómoda alegación** de que el efecto **óptimo de Pareto (todos mejoran)** estaría garantizado a largo plazo mediante una aplicación sostenida del criterio de compensación.

Debido a que es perfectamente posible, como es el caso de la reforma inmobiliaria, que grupos enteros resulten perjudicados durante mucho tiempo e incluso de forma sistemática, será preciso buscar justificaciones más concretas para la adopción de decisiones en esta materia.

Es pues ahora, en vista a obtener una **justificación concreta** de principio de seguridad del tráfico inmobiliario, el momento de identificar aquellos modelos analíticos que han demostrado una capacidad explicativa especial-

(7) LAPAGE, *Por que...*, cit. p. 243.

(8) SHÄFER-OTT, cit. p. 306-307, que aceptan como inevitables las cargas para el propietario original: «De esa forma —se ejemplifica— a un comerciante le es posible, con un gasto reducido, reconocer la inexactitud de las inscripciones del Registro Mercantil en lo referente a sus propias relaciones jurídicas y procurar la rectificación de tales informaciones como lo sería para cualquier contratante».

(9) Cfr. cp. 4.

mente poderosa en este campo, u otros paralelos, con el propósito de intentar su extrapolación al supuesto que nos ocupa.

1. La incertidumbre que la **desinformación** genera **no cabe eliminarla a cualquier precio** y por encima de cualquier otra consideración. Las distribuciones de recursos óptimas desde el punto de vista de la eficiencia son aquellas en que el cambio no es querido por su propietario: no quiere vender el que está haciendo un uso eficiente de los bienes que retiene. Por consiguiente en caso de duda, mientras no se pruebe otra cosa, lo prudente es dejar seguir disfrutando el derecho a la persona que lo ostenta (1).

Lo discutible de la seguridad de tráfico está en que, en el afán de comprimir los costes de información en beneficio del intercambio voluntario, impone el intercambio forzoso: no siempre ciertamente pero sí al menos en aquellos casos, que se califican de excepcionales, en que se producen fallos en el sistema.

La reducción de los costes de transacción mediante una reasignación de los bienes no es siempre una medida positiva, ni siquiera neutral, desde el punto de vista económico: la atribución del derecho al tercero, a costa de su expropiación al verdadero titular, no garantiza —ni en consecuencia puede fundamentarse— en que el nuevo propietario vaya a hacer un mejor uso del recurso.

2. De este modo la seguridad del tráfico, en el caso límite, genera ineficiencia y en consecuencia la decisión por su implantamiento no es una medida política que se justifique por sí sola: al contrario precisa justificación y no basta, desde luego, con cualquier justificación.

La legitimación de una posible limitación de los costes de información jurídica mediante la implantación de la seguridad de tráfico, como vimos, no podrá conseguirse simplemente atendiendo a los daños y beneficios agregados de las personas directamente afectadas.

Al contrario la **discusión debe plantearse en otro plano**, razonando la necesidad de las drásticas medidas que exige la implantación de la seguridad en el tráfico, en la existencia de graves obstáculos que en otro caso dificultarían el funcionamiento adecuado del mercado inmobiliario: la importancia de este último justifica sobradamente la imposición, en beneficio común, de sacrificios extraordinarios a todos los competidores (2). Dos

(1) PAZ-ARES, *La seguridad...*, cit. p. 22.

(2) PAZ-ARES, cit. p. 33: «... las normas de seguridad de tráfico sólo se justificarían si existiesen costes de transacción que impidiesen la contratación entre ellos, que impidiesen un intercambio típicamente eficiente. De lo contrario carecerían de sentido desde el punto de vista económico».

modelos analíticos, por lo demás, íntimamente interrelacionados, vienen aquí en nuestra ayuda:

3. i) Según el primero es **racional** establecer normas de **seguridad del tráfico** en aquellos sectores en que los **beneficiarios** son precisamente los **titulares originarios** de los recursos.

Por lo tanto está justificado, desde luego, reducir los costes de información respecto a aquellas transacciones y sólo aquellas transacciones típicamente eficientes; es decir, aquellas transacciones que presumiblemente satisfacen el interés de los titulares (**originarios**) (3).

Cuando por la naturaleza económicamente abstracta de los recursos (dinero, mercancías, títulos-valor) o por la específica actividad económica de intercambio de su titular (comerciante o empresario) prime el valor de cambio cuando el valor de uso, resulta evidente que es al propio titular —y no sólo al **adquirente**— que el ordenamiento jurídico produzca seguridad de tráfico: sólo de esta manera al titular le resultará mucho menos costoso valorizar sus derechos: es decir aprovecharse de su valor de cambio (4).

4. ii) Según el segundo modelo sólo la reducción de los costes de información permite garantizar el buen funcionamiento de mercados que operan con un elevado grado de incertidumbre: una **desinformación excesiva contrae el mercado** con la consecuencia de que puede llegar a haber pocos contratantes.

(3) PAZ-ARES, cit. p. 23. Cfr. *Ibidem*, p. 25: La **seguridad de tráfico es necesaria a la vida mercantil pero no a la civil**. «... en términos generales, en el tráfico civil (a diferencia del tráfico mercantil) prima el valor de uso sobre el valor de cambio de los bienes. Los titulares prefieren exponerse al riesgo de que la valoración en cambio de sus bienes, es decir, su transmisión, se vea dificultada por la ausencia de normas de seguridad de tráfico que exponerse al riesgo de ser expropiados en el caso de que los adquiera un tercero de buena fe».

(4) GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil* (1980) p. 129-130 ya había advertido, pensando desde los títulos valores pero generalizando la afirmación, que la posición del declarante como del destinatario, de la declaración como la del tercero de buena fe son posiciones equivalentes entre sí. No hay razón alguna, plausible para el sentido común, en virtud de la cual la primera posición deba sucumbir a las otras (como tampoco existe ninguna razón plausible por la cual en la adquisición a *non domino* el interés del ilícitamente desposeído deba sacrificarse frente al tercero poseedor de buena fe). El fenómeno seguirá sin explicarse mientras se razone con la lógica del acto; sólo podrá comprenderse situándose en una lógica diversa que abarque la totalidad del hecho circulatorio. El interés protegido no es el de (la) parte o tercero de buena fe, sino el **interés del empresario, el del que lanza bienes al mercado y está interesado en una circulación lo más extensa, segura y rápida posible**. También VIVANTE, *Trattato de Diritto Commerciale* 1 (1902) p. 79 había alertado sobre el peligro de la moderna producción industrial en masa que trata de subordinar todos los factores a las exigencias de valorización del capital.

La seguridad del tráfico se demuestra el instrumento adecuado para evitar tan peligroso resultado cuya temida dialéctica alcanza no sólo al mercado inmobiliario sino también, como veremos, al de capitales. Deben aquí tenerse presentes dos datos que nos permitirán valorar adecuadamente la importancia de la cuestión:

5. En primer lugar está el hecho de que los posibles compradores de inmuebles no pueden, sino a costa de gastos inasumibles, llegar a distinguir los vendedores fiables de los oportunistas que ofrecen bienes que saben están gravados, o que no les pertenecen: en estas condiciones los **interesados, en lugar de arriesgarse, sencillamente no compran.**

Naturalmente la demanda escasa empuja el precio a la baja, aumentando la proporción de oportunistas a quienes sólo puede compensar vender en semejantes condiciones: lo que aumenta las sospechas y retrae todavía más a los compradores. Se trata de un círculo vicioso (5).

6. En segundo lugar el estrechamiento del mercado inmobiliario tiene directa repercusión en el **mercado de capitales**, sometido, por lo demás, a una **dinámica semejante.**

Los Bancos saben que unos prestatarios tienen más posibilidades de cumplir que otros, pero difícilmente pueden saber quiénes son. Ahora bien, a medida que aumenta la desconfianza del Banco respecto al riesgo que asume como consecuencia de su desinformación respecto a la solvencia de los deudores y la bondad de las **gárantías** que ofertan, tentará de subir los tipos de interés.

Pero si lo hace es muy probable que sus rendimientos disminuyan: a tipos elevados de interés aumenta la proporción de aventureros, entre otras cosas porque los prestatarios se ven estimulados a asumir mayores riesgos y, a la inversa, a medida que sube el interés, los prestatarios mejores, los cumplidores o menos arriesgados, tienden a abandonar el mercado.

En consecuencia, es más que probable que finalmente el Banco opte, para hacer frente a la situación, más que por subir el interés, por racionar el crédito para defenderse de los oportunistas, con lo que acaban pagando justos por pecadores.

7. En conclusión, sólo una mejor y mayor **información** sobre la capacidad de cumplir de los deudores puede **combatir eficazmente las causas**

(5) STIGLITZ, cit. p. 545-547. Frente a una curva de oferta de pendiente positiva, existe una curva de demanda que a partir de cierto punto se vuelve hacia atrás; puede tener tanto pendiente positiva como negativa: los compradores saben que la calidad es peor cuando los precios son más bajos y, por lo tanto, deciden comprar menos cuando el precio baja: selección adversa. La demanda depende no sólo del precio, sino también de la calidad: si la **calidad se deteriora** a medida que **baja el precio**, la **cantidad demandada disminuye** porque **de hecho los consumidores reciben menos por su dinero.**

que explican el racionamiento del crédito. Pocas dudas caben ahora sobre la importancia económica del conocimiento fiable del patrimonio inmobiliario de los consumidores de crédito.

Sólo una información exacta sobre su solvencia, y por tanto de la solidez de su patrimonio inmobiliario, permite tratar a cada uno como merece: se cobrarán tipos de interés más alto a aquellos deudores que presentan más posibilidades de incumplimiento al tiempo que todos los solicitantes, dispuestos a pagar el tipo adecuado, obtendrán finalmente su crédito (6).

Se comprende también fácilmente la importancia de aquellos instrumentos jurídicos que al garantizar la solvencia del deudor contribuyen a **moderar el coste de capital y el racionamiento del crédito**: entre otras las ganancias reales inmobiliarias.

El mercado del crédito precisa de mecanismos que garanticen la reducción de la incertidumbre que existe sobre la devolución del capital adelantado: válvulas de escape que, eliminando la variable tiempo, permiten operar con el valor futuro como si de uno presente se tratase.

1. Se trata ahora de confrontar ambos modelos, generados en vista a explicar los defectos de mercados específicos que funcionan con información escasa, con la realidad, para decidir el peso que acaso pudiese reconocerles en el intento de justificar la implantación del sistema, de base registral, de seguridad del tráfico inmobiliario, que se produjo en el siglo pasado.

En este punto sería especialmente instructiva la comparación de la dinámica de los mercados estrechos tal como se definen hoy por la moderna analítica con las dificultades que arrastraba el intercambio y el crédito hipotecario a que se enfrentaron los reformadores del siglo XIX.

La mejor manera de afrontar el problema podría ser, como paso previo, **investigar las concretas razones** que los **legisladores alegaron** para una intervención de la propiedad de la envergadura que se produjo: sólo así podrá comprobarse hasta qué punto el uso de aquellos modelos explicativos permite comprender mejor los objetivos perseguidos por la reforma hipote-

(6) Sobre la selección adversa en el mercado de capitales y el racionamiento del crédito, STIGLITZ, cit. p. 604-606. La **oferta de fondos** depende del **rendimiento esperado**. Si éste disminuye cuando sube el interés, la oferta se vuelve hacia atrás. Aunque la demanda de fondos sea superior a la oferta al tipo de interés vigente, el prestamista no lo sube ya que reduce sus rendimientos esperados. En condiciones de equilibrio puede así existir un exceso de demanda de crédito (!). En fin, para la selección adversa en el mercado de seguro, una variante del juego de la *moral hazard*: *Ibidem*, p. 176-177 y SAMUELSON, cit. p. 247.

caria y, en consecuencia, sólo así tendremos un criterio que nos permitirá evaluar el acierto con el que sus ideólogos la programaron.

2. Dos fueron, *grosso modo*, las razones que entonces se alegaron para justificar el planteamiento de los modernos Registros, la instalación de un sistema de seguridad del tráfico inmobiliario y, en consecuencia, se expusieron como motivos de la promulgación de la Ley hipotecaria:

i) La circulación de la riqueza inmobiliaria favoreciendo la buena fe en las transmisiones, y ii) la lucha contra la usura. Resumidos uno y otro en un propósito central: lograr la **capitalización** del país.

3. Sin embargo antes de descender al análisis pormenorizado de este punto es preciso enfrentarse a una **cuestión previa**: las finalidades confesadas por el legislador han sido puestas en entredicho por un sector de la doctrina que considera la **organización del registro** como una medida coyuntural dictada en **apoyo del proceso desamortizado!*, concretamente de bienes eclesiásticos** (1).

El conocido más tarde como juego registral de la fe pública sería un sofisticado mecanismo que habría sido importado con la única finalidad de garantizar la irreversibilidad de la adquisición de los bienes desamortizados.

4. Lo cierto, sin embargo, es que si esa hubiese sido la finalidad escondida de la Ley, ciertamente el saldo de la acción del legislador resultaría negativo y la política hipotecaria un rotundo fracaso: el viejo sistema de seguridad inmobiliaria del antiguo régimen, en que el juego sucesivo de inscripciones nunca convalida los títulos, subsistió hasta bien entrada la década de los setenta.

Desde entonces, a partir de la entrada en vigor de la reforma hipotecaria de 1869, fue privado el juego registral de toda eficacia convalidadora respecto a los posibles vicios de los títulos inscritos: el principio de fe pública fue conscientemente desterrado.

(1) FIESTAS, *La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados*, en *AHDE* (1983) p. 333 y s. Conjetura probablemente inspirada en investigaciones históricas de **origen francés**. Vid. DE JUVENEL, *LOS orígenes del Estado moderno* (1977) p. 194. Se ha destacado, en esta perspectiva, con acierto la cercanía temporal, casi simultaneidad, entre la culminación de la primera etapa de la desamortización con los inicios del proyecto hipotecario. Al tiempo se ha insistido sobre la necesidad de articular medidas legislativas que permitiesen superar la desconfianza de los nuevos propietarios en cuanto a la firmeza de sus adquisiciones. Este desasosiego que sin duda hacía peligrar la eficacia del proceso tenía sólidas razones para producirse. FIESTAS, *¿Protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados?*, en *RCDI* (1987) p. 92 y ss.: las advertencias de la jerarquía eclesiástica.

Hay, por lo tanto, razones para dudar del acierto de esta opinión que puede ser calificada de reduccionista a la hora de valorar los motivos de la Ley hipotecaria de 1861 (2).

Importancia decisiva en contra de esta concepción tiene también el argumento, sustentado en la experiencia política, de que las reversiones de bienes a antiguos propietarios, en virtud de anulación de algunas leyes desamortizadoras, siempre se imponen en virtud de su fuerza política y sólo remiten, como mucho, al Derecho privado el alcance obligacional de las indemnizaciones procedentes. La reversión es un efecto legal que se impone por encima de cualquier consideración jurídica de Derecho privado (3).

5. Lo prudente, a la vista del estado de cosas que hemos expuesto, sigue siendo aceptar los motivos declarados en que el legislador ampara su propósito. La Ley hipotecaria es ciertamente una medida que participa en la constitución de una nueva sociedad a la que es indispensable el proyecto desamortizador, pero aquélla no sirve a éste de manera directa e inmediata.

El Registro no sirve para apuntalar la eficacia de la desamortización en sí misma, sino del efecto que ésta desata y al que declara servir: la circulación de la riqueza inmobiliaria. Además el servicio de un muy concreto proyecto ideológico.

6. La implantación del sistema capitalista encuentra firme oposición en el campo donde es vital que triunfe como fuente principal de la riqueza de un país según el pensamiento de la época. Es así que la legislación hipotecaria será una entre otras de un **proyecto típicamente liberal**, pero que además, y es lo más importante a mi modo de ver, arrastra resabios de claro **corte fisiocrático**: la denominada capitalización de la agricultura. El

(2) Esta ley no funda una nueva propiedad y no sólo respeta los derechos nacidos antes de su entrada en vigor, sino incluso todas las acciones resolutorias o de nulidad que procediesen con arreglo al derecho derogado: incluso, debido a sucesivas prórrogas, durante un sorprendente plazo de tiempo. Además la doctrina y la jurisprudencia admiten y la reforma de 1869 confirma que asiento posterior pueda ser invalidado en virtud de cualquiera otro anterior y anterior válido considera, a todos los efectos el nuevo reglamento, al extendido en las viejas contadurías. En ellas constarían asentados obligatoriamente mayorazgos, pero también las disposiciones a favor de los institutos eclesiásticos. Vid. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla. 1369-1836* (1974) p. 372.

(3) Vid. el texto de la real cédula de 11-3-1824 que declara la nulidad de la legislación desvinculadora en CLAVERO, cit. p. 292. Vid. cómo razona respecto a la ley de disvinculación de 1820 PACHECO: «...no es una ley regular, es un hecho de revolución. La legitimidad de lo que decreta el poder de hecho no puede ser contestada por los mismos argumentos con que se contestaría en tiempos comunes...», en CLAVERO, cit. p. 383. *Ibidem*, p. 380 para la distinción, bien clara entonces, entre medidas políticas y de Derecho privado.

legislador hipotecario tiene en mente a la propiedad agrícola descapitalizada e intenta levantarla de su tradicional postración (4).

La promulgación de la nueva ley es la última de tres necesarias medidas a un proyecto consecuentemente fisiocrático. Se ha cumplido la reforma fiscal como mejor se ha podido buscando sustituir la vieja y paralizante imposición indirecta por la nueva capitalización personal (reforma de A. Mon). Definitivamente se ha instalado la libertad de comercio con la promulgación del Código de Sainz de Andino. Según los dictados de escuela faltaba además asentar en sólidas bases la propiedad para proporcionar la seguridad necesaria al nuevo proceso económico que se trata de promover y, en consecuencia, promocionar el uso agrícola del capital frente al industrial (5).

Pero la agricultura sólo disputará los capitales a las otras ramas de la economía si se encuentra el instrumento que consiga ofrecer a los inversionistas las necesarias garantías a fin de poner en movimiento sus capitales (6).

7. El legislador se puso a la tarea con concienzuda dedicación y diseño para aquellos fines la institución del nuevo Registro. La propiedad que fundamenta la constitución del nuevo Estado no es cualquier propiedad y su identidad sólo es susceptible de conocerse atendiendo a las medidas correctoras, de formulación legislativa, con que el parlamento liberal intenta rescatar su «verdadera» función y naturaleza.

Frente al propietario meramente rentista, el **nuevo Derecho civil decimonónico protege al inversionista que con su capital pone en marcha la producción (7).**

(4) «El gobierno nada tiene que hacer como fomento positivo, pero nunca hará demasiado para quitar las trabas y reparar los obstáculos puestos a las buenas raíces...»: palabras de M. M. Cambrón en *Ibidem*, p. 374. Todavía en 1821 RICARDO, *Principios de Economía Política y Tributación* (1959) p. 28 estimaba que la evolución del tipo general de beneficio prevaleciente en el sistema económico depende del tipo de beneficio que se forma en la agricultura. Contra esta idea tiene que luchar todavía, y de qué abstrusa manera, MARX, *El Capital* 3 (1972) p. 725 y ss.

(5) Son las máximas 5, 13, 4 y 9 para un gobierno económico de un reino agrícola de F. QUESNAY, *Textes annotés* 2, en SALLERON, ed. (1958). Concretamente en la cuarta afirma literalmente que «la **seguridad de la propiedad es el fundamento esencial del orden económico** de la sociedad». La principal de las artes es la agricultura como dicen expresamente las exposiciones de motivos de la Ley de 1861 y del proyecto de reforma de 1869. Cfr. COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España* 1.1 (Madrid 1975).

(6) Para entender la desamortización en el proyecto fisiocrático vid. el ya clásico TOMÁS Y VALIENTE, *Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora*, en *RCDI* (1969) 887 n. 46. La propiedad, junto con la libertad, son los pilares en que se apoya el estado liberal de Derecho. Una y otra no deben ser entendidas, tal como hoy ocurre, como valores o conceptos abstractos, sino como realidades de precisos contornos que se tratan de proteger y estimular.

(7) El **impulso decisivo para la implantación del sistema hipotecario no proce-**

La plasmación legislativa de estas medidas se produce en un ámbito doble: i) mediante la «depuración» del dominio, que elimina sorpresas indeseables, y la regulación de la nueva hipoteca si el capital que se trata de invertir es ajeno; ii) mediante la garantía de la estabilidad de la propiedad ya adquirida cuando el inversionista lo es de capital propio (8).

1. Para el reformador hipotecario del siglo XIX el **ordenamiento jurídico de las garantías** es **presupuesto** indispensable de la **valorización del capital** (1). El dinero es una mercancía y su valor de uso es el cambio, pero no hay cambio de dinero si falta la oportuna garantía.

derá, como veremos, del Ministerio de Justicia sino de Hacienda y se relaciona con la creación de **bancos de crédito territorial**, concretamente el Banco territorial central. Vid. OLIVER, *Derecho...*, cit. p. 696. Esta ligazón no se pierde. Para el proyecto de crédito agrícola (introduce garantías sobre frutos) y Montero Ríos vid. las observaciones del ponente Sr. Lavin en la discusión parlamentaria de la ley de reforma de 1909 en COLEGIO, 2.1 cit. p. 382. Es curioso que, como pasa en otros países, estos bancos no harán negocio en el campo sino en la ciudad. Vid. PALMADE, *La época de la burguesía* (1978) p. 100. El éxito de nuestro sistema hipotecario residió en que logró ofrecer garantía firme al capital industrial, también el urbano. Las razones por las que el campo fue derrotado frente a la industria en su lucha por el capital no interesan ahora. Lo importante es que en el nuevo Registro se demostró suficiente garantía al inversionista industrial y urbano. La vinculación entre la Ley hipotecaria y las sociedades de crédito está presente ya en la discusión parlamentaria de la primera Ley hipotecaria; vid. COLEGIO, 1.2 cit. p. 184 y la exposición de motivos en COLEGIO, 1.1 cit. 289; «...entre capitalistas y propietarios haya instituciones intermedias que emitiendo obligaciones de valor único...»

(8) Es también importante la modificación a que se sometió el régimen jurídico del poseedor de buena fe y el de los arrendamientos. Para el primer caso es indispensable el estudio de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (1852) p. 361 y 381 con su análisis de las innovaciones de los artículos 404 en cuanto a limitación del derecho del propietario a la sola renta y 432 en cuanto a las mejoras. Por lo que se refiere al arrendamiento inscrito, se trata de conferirle estabilidad como un «verdadero derecho real». Vid. la exposición de motivos de la Ley de 1861 en COLEGIO, cit. p. 244.

(1) Como **prueba de la estrategia del reformador hipotecario** que busca la subordinación de la tierra al capital basta, como ejemplo, referirse a la **discusión parlamentaria de la Ley**. Cfr. las palabras del Sr. ALVAREZ en COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes* 1.2 (1975) p. 117: «La gran necesidad de nuestra propiedad inmueble es convertirla en un capital tan seguro como el que existe en el Banco de España (...) millares de ciudadanos que por su posición no pueden dedicarse a las venturas del comercio, emplearán los ahorros de sus familias... Hoy nadie presta...» Asimismo, con su habitual clarividencia, el entonces Ministro de Justicia Sr. FERNÁNDEZ NEGRETE, en COLEGIO, *Leyes hipotecarias y registrales de España* 1.2 (1989) p. 390 decía: «... yo creo que esta Ley levanta las trabas que hasta ahora ha tenido el desarrollo de nuestra riqueza inmueble, que siendo el Registro, como va a ser, el espejo civil de la propiedad española, todo

El prestamista renuncia temporalmente al uso de su capital. Entre el momento de la entrega y el de su devolución media un tiempo mínimo necesario para que culmine el proceso de producción o consumo que posibilita: capitalización implica movilización (2).

Ahora bien la entrega de dinero que hace el prestamista no se apoya en un simple acto de fe. La seguridad del tráfico inmobiliario es necesaria porque la **propiedad de la tierra** sigue siendo una de las **garantías típicas del prestamista**: para servir al crédito, al comercio del dinero, y en tanto lo sirve la tierra se transforma en una auténtica mercancía y su circulación se protege como tal.

La **seguridad de tráfico en el mercado inmobiliario** no busca ahora una **asignación eficiente** de la propiedad en vista a su mejor disfrute, sino del **capital**; pero no es posible asignar eficientemente el capital sin proteger el **intercambio de la tierra como si de una mercancía** se tratase: paso inevitable si quiere transformarse en asiento firme del capital. No hay garantía inmobiliaria sólida sin la llamada seguridad de tráfico.

2. La seguridad del tráfico inmobiliario es necesaria porque los inmuebles siguen siendo garantía típica del préstamo: no hay valorización del capital sin circulación segura de la tierra (3).

El elevado riesgo que apareja el uso del capital acaba trasladándose a la propiedad, en este caso inmobiliaria y no sólo por razones técnicas: estamos también ante la expresión jurídica de una hegemonía económica y política.

Por consiguiente en el siglo XIX los Estados se deciden a organizar la seguridad del tráfico de inmuebles no en defensa de los intereses de los propietarios, sino del capital. No es posible ya entonces interpretar el dinero partiendo de la propiedad tradicional sino, al contrario, **sólo puede inter-**

capitalista puede prestar con completa confianza de que recogerá su capital y sus intereses...» Para los vaivenes de la tesaurización/destesaurización, CIPOLLA, *Historia Económica de la Europa P reindustrial* (1990) p. 52 y ss.

(2) Vid. MANN, *The Legal Aspect of Money* (1982), citado por PAZ-ARES, *Seguridad...*, cit. p. 24 n. 18: The reason for this (adquisición a *non domino* del dinero) is not that the loser cannot know his money again, or in other words that money has not earmark... The true reason of this rule is that by the use of money the interchange of all other properties is not readily accomplished the true reason is upon account of the concurrency of it.

(3) GARRIGUES, *LOS Contratos Bancarios* (1975) p. 293: «Estos (los bancos) **no suelen conceder crédito sin garantías**. En el estudio de cada operación concreta, el examen y la ponderación de la garantía es tema de preferente atención para el banco... En último término el banco, al que se garantice la devolución de los créditos que concede, está garantizando a sus depositantes la restitución de sus capitales».

pretarse la propiedad desde el dinero (4). Esta opción sigue demostrándose acertada (5).

3. Nunca, hasta ahora, fueron tan grandes las necesidades de **capital y**, por lo tanto, nunca fue **tan escaso y caro**. En consecuencia nunca asimismo tuvo tanta importancia la cuestión de la eficiencia del ordenamiento de las garantías inmobiliarias.

Nuestra sociedad ha apostado decididamente por la **técnica**, lo que supone enormes inversiones y el correlativo ascenso del trabajador de conocimiento, sujeto a formación permanente (6). Ni una ni otra serían posibles si no existiese un capital capaz de asumir los mayores riesgos que, comparativamente, su financiación supone (7).

(4) Cfr. la insistencia de LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1983), p. 119-142, en que «no se puede interpretar el dinero y los demás bienes partiendo de la propiedad, sino que sólo se puede interpretar la propiedad partiendo del dinero».

(5) El éxito de la reforma hipotecaria es muy probablemente debido a la resolución de los **políticos residenciados en el Ministerio de Hacienda** que ante la oposición a la Ley hipotecaria y las dudas de Justicia decide abrir un frente propio a fin de posibilitar la implantación de Bancos de Crédito Territorial: Decreto-Ley de 5-2-1869 en que reconoce la libertad de establecimiento de bancos territoriales y reforma determinados artículos de la Ley hipotecaria: cfr. artículos 11 (principio de Fe pública) y 13 (limitación período transitorio de la reforma hipotecaria, todavía no acabado). Justicia reaccionó promulgando una reforma (21-12-1869) de corte muy moderado que abandonó muchos de los logros técnicos de la Ley de 1861 pero que consiguió recuperar el espíritu de la reforma de la propiedad territorial que entonces parecía estar a punto de abandonarse. Las soluciones técnicas acogidas en Justicia, costosas y lentas (frente a la Fe pública adoptó el sistema de «purga» con arreglo a la Ley de Bases de 23-7-1868) no agradaron en Hacienda que, por razones que no son del caso probablemente relacionadas con la quiebra financiera del Estado, mantuvo el régimen de Fe pública del Decreto de febrero de 1869 para el Banco Hipotecario, que se crea más tarde, reforzando además su posición acreedora con nuevas medidas (procedimiento especial de ejecución). Cfr., para todo ello, PARDO, cit.

(6) BELL, *El Advenimiento de la Sociedad Post-Industrial* (1976) p. 147 y ss.: «La sociedad postindustrial se basa en la información (...) lo que cuenta no es la fuerza o energía sino la información...» Sobre la sociedad del conocimiento y el cambio tecnológico *Ibidem*, p. 208 y ss.: «en los últimos años nos hemos acostumbrado a la afirmación de que la cantidad de conocimiento se incrementa según un índice exponencial. «MACHLUP, en su esfuerzo por computar la proporción de PNB dedicada a la producción y distribución de conocimiento, calculó que en 1958 (!) se gastaba en este campo alrededor de un 29 % del PNB existente...»: *Ibidem*, p. 249. De común acuerdo, los gastos en investigación y desarrollo (I&D) se han convertido en la medida financiera del crecimiento de la ciencia y la tecnología. Considerando que ambos se han transformado en el recurso central de la sociedad, uno de los puntos decisivos de toda Política es la «financiación de la Educación».

(7) Por lo demás asistimos hoy probablemente a un cambio radical en el papel y función a reservar al capital que impone la subordinación de sus intereses inmediatos al éxito de la gestión empresarial que busca fundamentalmente la **valorización del saber como recurso central**: muerte del viejo capitalismo. Sin capital no hay posibilidad de asumir riesgos y los riesgos se multiplican cuando la «función del capital será cada vez

De hecho, en un contexto internacional de disputa por el capital, la atribución de su uso vendrá mediada de modo decisivo por el coste comparativo de las garantías que cada país puede ofertar. **El coste de la seguridad jurídica es de hecho ya un coste de capital** y tenderá inevitablemente a igualarse.

1. El legislador económico quería acabar con la mala fe en las transmisiones y con la usura (1): hechos que descubren la **ausencia de mercado viable para las transacciones inmobiliarias y las hipotecas** en cuanto reflejan una situación de **precio excesivo del dinero** o, lo que es lo mismo, de infravaloración de la tierra.

Entonces ya se intuye, y así se dice expresamente, que la constitución de un dinámico mercado inmobiliario es presupuesto necesario para la viabilidad del negocio financiero a gran escala: objetivo que se entiende indisolublemente unido al de la **modernización** de la sociedad española que, en definitiva, era de lo que se trataba (2).

Detengámonos ahora en estudiar los resultados a que conduce, e inevitablemente condujo, el consecuente desarrollo de estas ideas.

más hacer que el saber sea eficaz en producir resultados; cada vez más estará al servicio de la dirección en lugar de dominarla». «Ya no es posible conseguir grandes beneficios fabricando o trasladando cosas; incluso ya no es posible hacer grandes beneficios mediante el control del dinero»: incluso los Bancos comerciales se ganan la vida de forma creciente no negociando con dinero sino recibiendo honorarios a cambio de información. Cfr. DRUCKER, *La Sociedad Postcapitalista* (1993) p. 88 y 182; «De hecho cualquier industria tradicional que haya logrado crecer en los últimos cuarenta años lo ha hecho porque se reestructuró en torno al saber y a la información».

(1) «Pocas reformas en el **orden civil y económico** (decía el Ministro en la exposición dirigida a S.M. la Reina que precede al Decreto de 8-8-1855 que ordenaba la redacción de la Ley hipotecaria) son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión porque ni garantizan suficientemente la propiedad ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza **ni moderan el interés del dinero** ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales». OLIVER, cit. p. 16-17.

(2) «Los trabajos que se han practicado en otras naciones poniendo fuera de disputa la conveniencia de la publicidad... vienen hoy a constituir una prenda de acierto y señalan el camino que la experiencia ha acreditado como el **mejor para facilitar la libre contratación**, impedir los fraudes y **realzar en su consecuencia el valor de la propiedad inmueble** (!) y de todos los derechos reales que la puedan interesar». Son palabras de la exposición de motivos del Proyecto de Reforma de 11-2-1858 en OLIVER, cit. p. 316.

2. Aunque la oferta inmobiliaria se encuentra diseminada entre un gran número de proveedores, no se consigue el precio competitivo por varias razones.

Poca duda cabe que, al ser ocultas la mayor parte de las cargas inmobiliarias, el riesgo de la adquisición inmobiliaria se dispara: los costes de información para reconocer la calidad del producto ofertado son anormalmente altos, por lo que el cliente comparará sólo precios. De este modo los productos malos acaban desplazando a los buenos, por lo que se imponen los peores (3).

La probabilidad de este resultado se multiplica debido a las enormes ganancias que remuneran, y en consecuencia incentivan, el comportamiento no cooperativo (estelionato): suerte atractiva al jugador de ventaja por cuanto la rebaja de la calidad de los productos le permite promedios de precios anormalmente bajos y así mantener, e incluso aumentar, sus ventas.

3. Los potenciales clientes pueden arriesgarse a adquirir en estas condiciones inmuebles sólo a cambio de que se les reconozcan mayores márgenes de ganancias, prima debida por razón de los superiores riesgos que corren, por lo que acaban por competir sólo los ofertantes de bienes de peor calidad: dinámica adversa propia del mercado usurario (4).

En estas condiciones los mejores no concurren. El resultado acaba siendo la sanción colectiva: la contracción del negocio como consecuencia del descrédito general que acaba tirando precios y avocando a todos a la ruina.

(3) Vid. la Exposición de Motivos del Proyecto de Cárdenas de 1857: «El remedio de tan graves males está en la reforma de la legislación hipotecaria, condición preliminar indispensable para la adopción de otras providencias encaminadas a facilitar y proteger el crédito territorial. Es menester dar **publicidad** a todos los derechos reales que, permaneciendo **ocultos** como hoy, son un peligro constante y una dificultad casi insuperable para la seguridad del dominio y de los demás derechos que de él se desprenden. Es menester que la Ley declare de modo absoluto y terminante que no se tendrá por constituido, modificado ni extinguido ningún derecho sobre cosa inmueble sino mediante su inscripción en el Registro Público y desde la fecha de ella». OLIVER, cit. p. 307-308. El pensamiento de los reformadores lo explicaba, con ocasión de la discusión parlamentaria de un punto por lo demás tan interesante, el Ministro de Justicia FERNÁNDEZ NEGRETE: «El artículo 25 dice que el derecho (real) nace desde la inscripción y es la diferencia que hay entre la legislación germánica y la latina. En la latina nacía con el contrato, y como el contrato es **oculto** (con el nuevo sistema) el derecho nace desde la inscripción; la cuestión de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho, está decidida completamente por los artículos 23, 24 y 25». Vid. COLEGIO 1.2 (1989), cit. p. 388.

(4) En la Exposición de Motivos del Decreto de 8-8-1855 decía el Ministro de Justicia que «no debe dilatarse (la reforma hipotecaria) lo que requiere urgente remedio (el estado de la propiedad) y que es indispensable para dar certidumbre al dominio y a los derechos en la cosa para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiados»: cfr. OLIVER, cit. p. 16.

4. La superación de esta peligrosa secuencia, imposibilitando el acuerdo con los competidores ante elevados costes de transacción por razón de las dificultades que presenta el identificarlos, exige una **intervención externa que modifique las reglas de juego** a fin de garantizar la confianza en la **calidad media de los productos** que el mercado inmobiliario oferta.

Se impone así la adopción de cautelas que respalden la calidad de los bienes ofertados, productos de marca en los que se pueda confiar: esta es exactamente la función de la seguridad del tráfico inmobiliario.

El Estado garantiza frente a todos la fiabilidad de la información que proporcionan los libros oficiales. No se trata simplemente de limitar los *costes de información* con el consiguiente riesgo de pérdida de derechos para sus titulares originales que, en consecuencia, se verían obligados a hacer frente a nuevos gastos: *costes de vigilancia*.

Mejor dicho, se trata de limitar la información en vista a crear una marca de confianza **absoluta** que **garantice el producto frente a todos** a fin de superar la imparable tendencia del mercado inmobiliario a derivar hacia un mercado incompleto (5).

5. Formulada la cuestión en estos términos, la **seguridad del tráfico inmobiliario** se transforma en un **objetivo común** al conjunto de los **propietarios** en cuya consecución estarán **interesados como sector**.

Este interés compartido (unanimidad hipotética) es garantía de éxito ya que el establecimiento de un sistema de seguridad exige pasar por el posible sacrificio de todos los propietarios en cuanto cualquiera de ellos puede llegar a resultar perjudicado por el juego de la seguridad de tráfico que se decide implantar.

Debe entenderse, hipotetizando sobre el supuesto de racionalidad en la conducta de los miembros del sector, que todos los propietarios, como categoría, estarán dispuestos a afrontar los riesgos de ese resultado en cuanto estarán interesados en superar la situación natural (mercado incompleto) a que por sí solo se ve abocado el mercado inmobiliario: todos pierden con ella (6).

(5) **Frente a la inseguridad absoluta** sólo cabe, si se quiere que el mercado funcione, ofrecer **reputación absoluta**: cfr. sobre este punto KORDHAUSER, *Reliance, Reputation and Breach of Contract*, en *JLE* (1983) p. 702-704. La característica más destacada de la información registral es que goza de una reputación indestructible en cuanto tiene el respaldo del Estado: hasta tal punto es fiable que, aun el caso de no ser exacta, frente a tercero opera como si lo fuese. Decía con su habitual maestría FERNÁNDEZ NEGRETE que «siendo el Registro el espejo de la propiedad, todo capitalista podrá prestar con completa confianza; **yo creo que, a proporción que crezca esta confianza, naturalmente disminuirá el interés**»: COLEGIO 12 (1989), cit. p. 390.

(6) Sobre unanimidad hipotética y valoración débil como método para la toma de

6. Aceptado este punto, se vuelve necesario concluir, lo que por cierto la Historia concluyó: la **seguridad del tráfico inmobiliario** es un objetivo cuyo logro exige la **implicación activa de todos los interesados**; no sólo la conducta del adquirente influye en la cuantía y posibilidad de los daños, sino también la del posible perjudicado (propietario original). En consecuencia nos encontramos ante un problema de **causación recíproca**.

«Ante un supuesto de posible daño recíproco no puede determinarse *prima facie* quién es el causante y quién el perjudicado»: la búsqueda de un único causante no puede conducir sino a errores.

En todo caso se trata de encontrar fórmulas que maximicen beneficios tanto de las actividades de uno como del otro: el problema es evitar el daño grave **mutuo**. Al ordenamiento jurídico le toca sancionar aquella norma de actuación de **ambas** partes que permita alcanzar ese resultado (7).

1. Resuelto este punto, parece necesario detenerse, aunque sea muy brevemente, en el **estudio de la mecánica registral**. En efecto no todos los **sistemas de seguridad inmobiliaria** son iguales, por lo que es preciso entrar a juzgar su **organización y efectos**.

Como veremos, todos se asientan sobre un **mismo presupuesto** (suelo común que no impedirá desarrollos específicos): la condición **exclusiva** del derecho de propiedad, o cualquier otro de naturaleza real, queda **diluida** hasta tanto no se contrate con el Estado su **publicidad legal** que de este modo se transforma en objeto de una específica función pública (1).

decisiones políticas vid. p. 21. Los propietarios admiten la atenuación (dilución) de los medios de defensa, y en consecuencia de la exclusividad, de la propiedad no inscrita precisamente para aumentar la exclusividad, y en consecuencia el valor, de la inscrita: se produce así una **reformulación del derecho de propiedad sobre inmuebles**. Decía la Exposición de Motivos del Proyecto de 6-6-1857: «... sólo así (si se inscriben) **los actos y contratos que modifican el estado civil de la propiedad podrán obligar justamente al que no ha intervenido en ellos**; sólo así podrán adquirirse y transmitirse con la seguridad necesaria los derechos reales, que son base y garantía del crédito territorial». Vid. OLIVER, cit. p. 308.

(7) Son palabras de COASE, *El problema del coste social*, en GALLEG0 (comp.), *Economía del Medio Ambiente* (1974) p. 99 y ss.: a la hora de configurar los ordenamientos jurídicos y elegir entre ellos no debemos perder de vista nunca las repercusiones que se pueden producir como consecuencia de la decisión adoptada. Se trata de conseguir la combinación de actividades óptima desde el punto de vista del bienestar: en nuestro caso la que realiza el propietario original y la propia del adquirente.

(1) La publicidad se transforma en un bien de titularidad pública cuyo uso es administrado por el Estado: este es el presupuesto político de los Registros de la Propiedad. Vid. PARDO, cit. p. 121. El presupuesto jurídico es la atribución de auténtico

No sería posible el planteamiento de los modernos registros si el contenido tradicional de los derechos de naturaleza real no hubiese sufrido una drástica **redefinición**.

De esta forma el derecho que, según el ordenamiento jurídico tradicional, tiene el propietario civil de no ser dañado por tercero, que eventualmente contrate la adquisición del inmueble de quién es *non dominus*, se transforma en la obligación de soportar ese daño en caso de no haber hecho pública su titularidad en los Libros oficiales (2).

Se produce así una reasignación de los *property right* inmobiliarios justificada por razón de los prohibitivos costes de transacción que el mantenimiento del derecho tradicional generaría (2 bis).

carácter real sólo al derecho que se publica oficialmente: el efecto adquisitivo se sustrae a la dinámica contractual, no es disponible por las partes. La exclusividad del derecho se liga a la publicidad (acto externo al contrato) que se entiende como paso necesario y fundamento insustituible de un mercado auténticamente operativo.

(2) El monopolio de la organización y venta de la publicidad tiene una evidente razón de ser. Estaríamos ante el llamado *monopolio natural*: cuando mayores sean los gastos de la empresa para empezar a producir, mayor será la escala de producción en que se minimicen los costes medios. Vid. SAMUELSON, cit. p. 200-202. El producto registral exige, para tener la calidad requerida por la sociedad, que cada **empresario** dispusiese de un Archivo semejante al que hoy almacenan las Oficinas registrales: evidentemente su reproducción, conservación y actualización por cada uno de los competidores obligaría a un gasto despilfarrador. El tamaño de la planta, eficiente de la «empresa registral» de hecho debe ser cada vez mayor, por lo que resultaría antieconómico la coexistencia competitiva pacífica de muchos competidores perfectos, debido a que una gran empresa es mucho más eficiente que las pequeñas. Por lo demás la ineficiencia del monopolio es evitable: siempre cabe la *regulación* controlando precios y producción vid. SAMUELSON, cit. p. 233. Por otra parte, en los sistemas que la publicidad registral que tiene eficacia convalidante y asegura al último adquirente no sólo contra derecho no inscrito sino incluso contra los contradictorios inscritos (derechos en consecuencia perfectos por estar registrados), la titularidad pública de la función de publicidad se justifica porque **sólo la intermediación estatal puede amparar un efecto expropiatorio**.

(2 bis) La vuelta al sistema romano de adquisición exigiría la constitución de un mercado de la información jurídica: cada partícipe podría así contratar los riesgos de la incertidumbre sobre la identidad de los verdaderos titulares de derechos en la cosa que pretende comprar. El «inventor», descubridor del verdadero estado jurídico de la propiedad interesada, sería una pieza esencial para el funcionamiento del sistema. Pero cfr. para las dificultades de constitución de una verdadera propiedad de la información, susceptible de negociación, con la calidad y abundancia que exigiría la Economía, ARROW, *Bienestar...*, cit. p. 137 y ss., y la réplica de DEMSETZ, *Información y eficiencia: otro punto de vista*, en LAMBERTON, cit., p. 154 y ss. Resume el estado de la cuestión SALVADOR CODERCH, *El Derecho de la Libertad* (1933) p. 136-138: «la información... es costosa de producir, pero aún más de controlar su difusión: no hay rivalidad en el consumo de información porque resulta muy difícil impedir su difusión ulterior tras su primera **venta**; de ahí la tendencia a la infrainversión y al sobreconsumo que caracteriza a los bienes públicos y la consiguiente necesidad de subvencionar la producción de información **pública** mediante el sistema impositivo... Quien genera y difunde

2. El sentido de esta intervención estatal es fácilmente comprensible (3). Se trata de facilitar el intercambio reduciendo los costes de información del que pretende adquirir sobre la titularidad y cargas que graven los recursos apetecidos: no cabe por hipótesis contratar derecho alguno con titulares cuya identidad es desconocida (4).

El gasto de publicidad a que se ve abocado el propietario civil cabe así calificarlo como un coste típico de conservación de los derechos en cuanto impide que la titularidad publicada sea desconocida en el mercado y que, en consecuencia, su adquisición o extinción sea posible sin contar con la voluntad de su titular original (5).

3. Este paso es presupuesto decisivo de un sistema de seguridad del tráfico inmobiliario pero no definitivo: **entre varios sistemas de seguridad será más eficiente el que con iguales o semejantes costes de vigilancia, reduce en mayor medida los costes de información.** Para unos *costes de vigilancia constantes*, sería óptimo el sistema que consiguiese reducir a cero los de información.

la información **pública** no está en condiciones de hacerse con los beneficios de la inversión que ha llevado a cabo...»

(3) La información jurídica no tiene por qué conseguirse únicamente a través del ente público que monopoliza la publicidad **oficial**: al fin y al cabo la publicidad tiene por finalidad la información y en consecuencia no se necesita cuando por la razón que sea el tercero interesado hubiese adquirido el conocimiento por otro conducto. Vid. PAZ-ARES, *Seguridad...*, cit. p. 27. Sólo resta destacar que la publicidad no registral puede ser tan informativa como la oficial, pero nunca fundamento del efecto convalidante (expropriatorio) del Registro en el caso de estar equivocada: el juego de la llamada fe pública precisa de la *potestas* estatal.

(4) El obstáculo, que el riesgo del daño de evicción, supone para la circulación inmobiliaria no puede ser sorteado mediante el recurso a responsabilizar a la **parte que pueda contratar a menor coste** con el tercero perjudicado por la transmisión. Hay dos razones: no es posible en muchos casos identificar al verdadero titular (carga oculta) y por lo tanto es difícil calcular el coste del eventual daño. Vid., sobre *the best bidder*, CABRESI, cit. p. 161 y ss. Es así **muy difícil la repercusión de los costes de los riesgos asumidos en los precios (precio total)**, modelo de LANDERS-POSNER, *The Economic Structure of Tort Law* (1987), lo que impide controlar a un nivel adecuado la intensidad de la actividad productora del daño. Para el recurso al seguro cfr. nota 9.

(5) La sujeción del adquirente a la carga de inscribir para publicar su derecho, abonar una cantidad por ello y pasar por el control de legalidad de su título son todas ellas fórmulas para evitar el daño que generaría (el accidente de) la evicción. En la terminología de CALABRESSI, cit. p. 44-46: son costes primarios los que tienen por objetivo reducir el número y la gravedad de los accidentes restringiendo (condicionando) la actividad productora del daño. Dos son los métodos de prevención: prohibir o restringir actos específicos o actividades que se entienden son su causa (método de prevención específica: cfr. especialmente *Ibidem*, p. 126-127) o encarar esas actividades haciéndolas así menos atractivas cuanto mayores sean los daños que generan (método de prevención general). Sobre el *best cost avoidance* como criterio de imputación de responsabilidad por el daño en una estrategia de prevención general: cfr. *Ibidem*, cit. p. 153 y ss. Sobre prevención general, nota 4.

La mera publicidad no garantiza la veracidad de sus contenidos, por lo que ciertamente, por sí misma, reduce los *costes de información* de forma significativa pero todavía poco importante. Por dos razones:

Primero: El que pretende adquirir ha de asegurarse por su cuenta sobre cuál de los derechos publicados existe y sobre quién es efectivamente su titular. Ha de examinar todos los títulos de propiedad publicados que puedan afectar al derecho que se pretende adquirir.

Segundo: Esta investigación debe repetirse con cada nueva adquisición. La información ya lograda por razón de una primera transmisión no sirve de apoyo a la siguiente que pueda eventualmente producirse.

4. Esto sólo se consigue en los **sistemas que impiden la coexistencia de publicidades contradictorias** o incompatibles. La publicidad que proporcionan será selectiva, tendencialmente exacta y reducirá de modo sustancial los *costes de información*. De esta forma se consigue que cada finca tenga su propietario, cada derecho su titular y que unos y otros, como necesarios precedentes, sean firme apoyo de los posibles consiguientes (6).

La información de este caso no sólo será limitada, sino también veraz y su carácter **oficial** le permitirá operar con especial fortaleza en el mercado.

5. Si la información, por la razón que sea, se demuestra luego equivocada, el **amparo estatal** permitirá **mantener la firmeza del negocio concluido** y no transformará al adquirente en un mero acreedor a la oportuna indemnización. La solidez que este efecto procura a la garantía inmobiliaria es seguro estímulo a la circulación del capital.

Ciertamente el **titular anterior** resultará despojado: **protegido antes** por una *norma de propiedad*, **pasará a serlo** sólo por una *norma de responsabilidad* (7).

Este indeseable efecto debe ser evitado, en la medida de lo posible, imponiendo **controles que garanticen la legalidad** de los derechos que soliciten acogerse a la publicidad oficial.

La naturaleza y alcance de los controles es decisión de cada Estado, así como la organización del oportuno fondo de responsabilidad que garantice

(6) Este es el efecto que garantizan los principios de especialidad y cierre que permiten fundar un verdadero Registro de Tráfico. Vid. PARDO, cit. p. 115.

(7) Sobre esta distinción de CALABRESSI-MALAMED vid. la referencia de PAZ-ARES, *La Economía...*, cit. p. 683: el *entitlement* es susceptible de protección a tenor de una regla de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad. En el primer caso, el que quiera el derecho debe comprárselo a su titular; en el segundo, puede forzar la adquisición abonando su valor; en el tercero, la transmisión es siempre imposible: indisponibilidad.

a los propietarios una justa indemnización por los daños producidos en razón del anormal funcionamiento del servicio (8).

6. En resumen, para terminar, la incertidumbre sobre la titularidad de los recursos genera riesgos a cargo del que pretende su adquisición y, en consecuencia, el consiguiente gasto de prevención si quiere protegerse contra los eventuales daños que resultarían de una elección equivocada.

Los mecanismos de seguridad del tráfico de base registral se apoyan todos en un mismo **presupuesto** que permite su clasificación en un único **género común: el reconocimiento legal de naturaleza real a los derechos inmobiliarios se subordina a su publicidad oficial**. Así se reduce de modo drástico el círculo de posibles competidores: sólo los titulares inscritos podrán disputar al que adquiere el derecho que pretende.

La **diferencia específica** entre los distintos sistemas viene dada por el alcance de la publicidad oficial contratada que la inscripción produce:

i) La publicidad puede organizarse de modo que su **uso sea solidario** entre los competidores. Todos los que rivalizan en la atribución del derecho tienen garantizado el acceso registral de su pretensión. **La publicidad de uno no impide u obstaculiza la de los demás:** como tal es indivisible.

El acceso al Registro debe ser reconocido a todos los competidores que de este modo, como no hay derecho real sin publicidad, compran el derecho a no ser dañados por los demás. Ahora bien **el derecho a no ser dañados no equivale al derecho a dañar:** puede ser ya ciertamente propietario exclusivo porque haya comprado de verdadero dueño, pero eso el asiento registral no se lo garantiza en absoluto todavía.

La atribución definitivamente segura del recurso exige un nuevo contrato: el pretendiente deberá negociar la atribución exclusiva del derecho con todos los posibles contrincantes que ahora puede identificar con facilidad a través de los datos que le proporciona la oficina registral (9).

(8) Los llamados por CALABRESSI, cit. p. 83 y ss. costes secundarios hacen referencia a los costes sociales derivados del accidente **una vez éste se ha producido**. El método más usado para hacer frente al daño, ya producido, es el llamado fraccionamiento de la pérdida (comúnmente un seguro también el seguro social) y el *deep pocket* (buena bolsa).

(9) Una vez identificados todos los posibles pretendientes del derecho que se quiere adquirir es posible la contratación con ellos de la exclusividad del derecho. Este era el objetivo del viejo sistema de purga. Vid. PARDO, cit. p. 125. Método típico de mercado para evitar los daños o de prevención general: alternativa costosa y lenta de patrocinio francés al sistema de fe pública registral. Otra posibilidad de mercado es contratar el riesgo del daño con un profesional o una compañía de seguros. En este caso el tercero carece de la garantía absoluta de la adquisición. Ciertamente aquí también juega su papel un juicio (implícito) sobre la importancia (nivel aconsejable) de las

ii) Pero la **publicidad** puede organizarse de otra manera constituyéndose en **objeto de propiedad en exclusiva** como cualquier otro recurso. El que inscribe contrata la exclusividad de la publicidad del derecho de modo que quede obstaculizada la publicidad del derecho de las mismas características por otro posible competidor (10).

Ahora bien, como no hay derecho inmobiliario posible sin publicidad, de hecho al contratar la publicidad se contrata la exclusividad del derecho. **Cualquier posible competidor queda eliminado** en cuanto por hipótesis su derecho tiene vedado el acceso registral.

CELESTINO PARDO NÚÑEZ
Doctor en Derecho.
Registrador de la Propiedad

actividades de vendedor y comprador. Para los defectos del seguro, con especial mención al problema de la *moral hazard*, CALABRESSI, cit. p. 70 y ss.

(10) El sistema español, al intermediar el control forzoso de legalidad, consigue multiplicar la improbabilidad del daño. Deben coincidir dos sucesos independientes al mismo tiempo (condiciones) para que se produzca el accidente: (a) compra de no titular o del que no puede vender según el Registro, y además (b) error del Registrador. La minoración del riesgo de daño, que así se consigue, lo ilustran dos teoremas clásicos de teoría matemática de las probabilidades compuestas: i) la **probabilidad de un suceso, que resulta de la realización simultánea de dos o más sucesos independientes entre sí, es igual al producto de las probabilidades de cada uno de los sucesos elementales**; ii) la probabilidad de un suceso, que resulta de la realización **sucesiva, en determinado orden, de varios sucesos condicionados unos a otros**, es igual al **producto de las probabilidades que tienen cada uno de dichos sucesos cuando se han realizado los anteriores**. Vid. ALEKSANDROW y otros, *La Matemática: su contenido, método y significado* 2 (1973) p. 273 y ss.