

Benito ARRUÑADA

La contratación de derechos de propiedad:
Un análisis económico

Madrid, 2004

Publicado por Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004 (ISBN: 84-96347-15-X). Incluye, como elemento principal, en su Segunda Parte, la traducción al español del artículo: Arruñada, B., "Property Enforcement as Organized Consent", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 19(2), 2003, 401-44.

ÍNDICE

Índice.....	2
Presentación El cazador de unicornios.....	4
1. Buscando unicornios.....	4
2. El Análisis Económico del Derecho: su utilidad y sus detractores.....	6
3. Benito Arruñada y el “unicornio propiedad”.....	9
4. Matando unicornios para que no se extingan.....	10
5. Referencias bibliográficas.....	11
Primera parte: Introducción a la edición española.....	12
1. Instituciones y organización del Derecho de la Propiedad.....	12
2. <i>Enforcement</i> , costes de transacción y publicidad de los derechos de propiedad... 15	
2.1. <i>Enforcement</i> mediante consentimiento.....	15
2.2. La especialización requiere multiplicidad de derechos.....	16
2.3. Costes de transacción y publicidad.....	20
3. Ejes básicos del trabajo.....	20
4. Nota sobre la versión española.....	22
5. Agradecimientos.....	22
Segunda Parte: La propiedad como consentimiento organizado.....	24
1. Introducción.....	25
1.1. Motivación.....	25
1.2. Pros y contras de los derechos reales.....	27
1.3. La privacidad de los derechos como marco de referencia.....	30
2. La publicidad registral.....	37
2.1. Antiguas formas de publicidad.....	38
2.2. Registro de documentos.....	40
2.3. Registro de derechos.....	47
3. Organización y rendimiento de los registros de documentos y de derechos.....	52
3.1. Principios organizativos comunes.....	52
3.1.1. La competencia como salvaguardia de la calidad en la contratación privada.....	53
3.1.2. El monopolio como salvaguarda de la independencia cuando existen terceros afectados.....	55

3.2. El ámbito de la libertad de elección	58
3.2.1. Libertad para cambiar entre privacidad y publicidad.....	60
3.2.2. Libertad para cambiar entre registro de documentos y registro de derechos.....	61
3.3. Resultados: prometidos y efectivamente alcanzados	63
3.3.1. ¿Es realmente menos costoso el registro de documentos?.....	64
3.3.2. ¿Es realmente más eficaz el registro de derechos?	68
4. Observaciones finales	71
Epílogo a la edición española: La organización de la seguridad jurídica preventiva	74
Referencias bibliográficas	77

PRESENTACIÓN

EL CAZADOR DE UNICORNIOS

“Bueno, ahora que nos hemos visto uno al otro, dijo el unicornio, si tú crees en mí, yo creeré en ti. ¿Tenemos un trato?”

Lewis Carroll

1. Buscando unicornios

Hubo una época en que la gente creía en los unicornios. Se pensaba que, como otros animales, vivían en las profundidades de los bosques y solo un puñado de privilegiados había tenido la oportunidad de verlos o conocerlos. Se les consideraba animales especialmente inteligentes. Por ello era muy difícil encontrarlos y rara vez habían sido vistos. Cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos. Los unicornios han aparecido en escritos tan remotos como los de las civilizaciones griegas y romanas. La propia Biblia contiene varias menciones expresas a este animal y durante todo el medioevo, o incluso hasta épocas mucho más recientes el unicornio ha sido objeto de estudio y especulación. Personajes de la talla de Aristóteles, Genghis Khan, Santo Tomás o San Gregorio escribieron del unicornio como si este realmente existiera.

De pronto, un buen día, la gente dejó de creer en los unicornios, lo que los convirtió en una suerte de símbolo de lo imaginario, que existían solo en leyendas y mitos. La especulación sobre ellos toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana. La declinación de la fe en los unicornios vino con el Renacimiento y el advenimiento del pensamiento científico moderno. Su “existencia” fue atribuida a fenómenos más reales como los rinocerontes, las cabras y los caballos, y pasó del mundo real al mundo mitológico.

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de esta metáfora, la pregunta es ¿reales en qué sentido? Es evidente (esperemos) que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para algunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia como se concibieron, como se

reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo en este aspecto que hoy consideramos que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana.

Las instituciones legales se parecen mucho a los unicornios. A veces entendemos a una institución legal como un caballo y no como un unicornio. Pero el Derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que sólo existe como tal (pp. 104-107). Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

Pero algunos siguen creyendo que el Derecho es como los caballos y temen que nuevas ideas “los extingan” y convierta a las instituciones jurídicas en una suerte de “pájaros Dodos prehistóricos”.

El trabajo que reseñamos es una clara muestra de un esfuerzo de “cazar” unicornios para llevarlos a la dimensión que les corresponde. Benito Arruñada ha escogido a un unicornio llamado “propiedad”, lo ha buscado con cuidado, ha estudiado su conducta con detalle, ha visto de qué se alimenta y de qué no, cómo sobrevive y quién lo mata, qué lo alegra y qué lo entristece. Ha descubierto qué ambientes hacen difícil su supervivencia y cuáles permiten que se desarrolle y se reproduzca. Nos ha indicado quiénes son sus enemigos y cómo debemos protegerlos. Y lo más importante, nos ha dicho que la “leyenda de la propiedad” sí tiene un impacto en la vida de los seres humanos. Que la propiedad sea una invención humana no le quita su rol en generar bienestar a los hombres. Es que el Derecho es algo más que simple invención o mera imaginación. Es invención e imaginación aplicada. Y allí, a diferencia que en el mundo de los unicornios míticos, los unicornios jurídicos pueden ayudar a los hombres a vivir mejor, o pueden patearlos y morderlos alejándolos del bienestar que estos hombres buscan.

Para su cacería, Benito usa como “trampas” y “armas” las herramientas que le brinda el Análisis Económico del Derecho. Ello le permite sacar al unicornio del mero mito y sujetarlo a la “cuerda” de la razón aplicada, al razonamiento científico que intenta alejar al Derecho de una filosofía de conceptos inútil e infértil.

Por supuesto que las reacciones no se dejarán esperar con la publicación de este libro. Algunos (los que aún tratan a los unicornios jurídicos como si fueran caballos) verán a Benito como una suerte de “cazador furtivo” de unicornios que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la que se mueven los conceptos, van a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Lo acusarán de un intento de extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresará en términos tales como “va contra todo lo establecido”, “atenta contra toda nuestra tradición jurídica”, “pretenden sustituir al Derecho por instituciones económicas”, “es puramente eficientista”, “¿dónde está la idea de justicia?”, entre otras.

Pero los unicornios no existen en la forma que se ve en este tipo de visiones. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo, cómo se imaginan al Derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir. Para nuestra suerte, el Derecho nos permite, efectivamente, extinguir a los unicornios como los conocemos y crear nuevos unicornios,

mejores, más útiles para el hombre, y, con ello, lograr lo que el simple mito no puede hacer: mejorar la vida de los seres humanos.

2. El Análisis Económico del Derecho: su utilidad y sus detractores

Como muestra el trabajo que estamos reseñando, el Análisis Económico del Derecho no propone acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Solo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humana. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso no pueden ser “matados” en el sentido que se percibe en su concepción mítica), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos “unicornios jurídicos”, no puede ser percibido como un intento de matar al Derecho, sino de acercar el Derecho al hombre y a las soluciones que esos hombres necesitan.

Es posible que quienes investigaban y estudiaban los unicornios cuando se creía que ellos existían, se hayan escandalizado de manera parecida a como cuando a alguien se le ocurrió la idea de que los unicornios eran solo creación del hombre y que, como tales, debían ser estudiados en esa limitada percepción de la realidad. Quizás hayan criticado el realismo de considerar que los unicornios dejaron de pertenecer a la categoría de los caballos, para pasar a la categoría del producto de la imaginación humana. Pero esas concepciones en realidad no le temen al Análisis Económico del Derecho, le temen a la realidad, porque se sienten más seguros en su paraíso de conceptos.

Pero, ¿qué es el Análisis Económico del Derecho? La respuesta es simple, aunque a sus detractores les dé por complicarla.

La Economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de ser la “reina de las ciencias sociales”. Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un poderoso marco analítico, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente esté simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la Economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo los avances últimos han llevado a una redefinición del objeto de esta ciencia. Así, en palabras de Gary Becker (1976), el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

La aproximación “beckeriana” a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no

indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos, es posible desarrollar modelos de predicción sumamente complejos que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica.

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3,5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos concientes de qué significa eso?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación. ¿Cómo puede predecirse cómo se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto a su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta sólo puede encontrarse si uno comprende el nivel de desarrollo que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permiten predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, tipo de cambio, etc.).

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son solo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el campo de la economía, casi sin límites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

¿Cómo ha desarrollado la economía esta capacidad de predicción sobre algo tan complejo como la conducta humana, que depende de tantos factores, la mayoría totalmente subjetivos y hasta arbitrarios? La respuesta está en el uso de modelos. Cuando algo es muy complejo, el arte de comprenderlo está en simplificarlo. Cuando muchas variables afectan un resultado, identificar un conjunto de variables relevantes y dejar de lado las que no lo son, es una forma de avanzar en la comprensión del problema. Eso es lo que hace la economía: simplificar la realidad para comprenderla mejor en su complejidad.

El uso de modelos, a pesar de ser una de las fortalezas más claras del análisis económico, es también la fuente de las críticas más duras. La simplificación es, sin embargo, la única forma de acercarnos a la comprensión de algo, a pesar de que, paradójicamente, implica alejar ese algo de la realidad.

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el mundo real. Para ello, presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que

los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de la conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar “consecuencia jurídica”, descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá a alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Una predicción simple es aquella que indica que, si se sube la multa por cruzar una luz roja, debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que a mayor el precio menor la cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas “demanden” cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta la magnitud total de la sanción, sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no sólo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuenta de la sanción dicha posibilidad.

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del Derecho, como la del Derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como una agravante que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, teniendo un efecto de descuento en la sanción esperada.

Quizás lo que ocurre y explica por qué no se incrementa la sanción a los cruces de luz roja en la madrugada es que, si bien la pena es menor a las tres de la mañana por efecto de la menor capacidad de detección, también lo es la posibilidad de causar daño, porque hay menos carros circulando a esa hora, con lo que la sociedad está dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas.

3. Benito Arruñada y el “unicornio propiedad”

Lo que ha hecho Benito en el trabajo que reseñamos es aplicar esta metodología a la evaluación de los incentivos que crean los sistemas de propiedad, poniendo un especial énfasis en el papel del sistema registral. Ello nos permite descubrir que la propiedad no es la idea abstracta o el concepto que hemos inventado los hombres, sino la forma como la implementamos. Pocos trabajos han relacionado tan bien la función económica de la propiedad con los mecanismos operativos que la ponen en práctica, que la hacen oponible y que permiten que se desarrollen sus fines.

El trabajo de Benito Arruñada dista además de caer en la tentación de limitarse a la descripción meramente conceptual. Es fácil para muchos cultores del Análisis Económico del Derecho caer en lo mismo que se critica y quedar atrapados en una mera especulación conceptual. El trabajo se embarca en el difícil reto de revisar las experiencias concretas, la historia de las instituciones en diversas latitudes y en distintas épocas. Y ello se refuerza con data e información que es analizada con cuidado y que nos permite descubrir elementos que la simple especulación conceptual suele soslayar. La más evidente es la respuesta a la pregunta ¿funcionan las cosas?

En ese sentido, el libro entrena nuestra intuición para saber qué funciona y qué no, qué dio resultados y qué no nos llevó a ninguna parte, qué vale la pena y qué es mejor reservar para el olvido. Y lo hace contándonos casos reales, experiencias concretas y evaluando sus consecuencias con una minuciosidad que es difícil encontrar en un trabajo de la extensión del presente. Esto enmarca el trabajo dentro de los límites de la llamada economía neoinstitucional, de cuya sociedad científica, la International Society for New Institutional Economics (ISNIE), Arruñada ha sido elegido Presidente hace poco, y que se caracteriza justamente por no conformarse con el concepto, por comprender que las instituciones, si bien son en principio reglas abstractas creadas por los hombres, tienen que tener una dimensión práctica.

En esa línea, no basta con definir que los derechos reales son exclusivos, tal exclusividad debe ser puesta en práctica. Pero, a su vez, poner la exclusividad en práctica tiene costos reales, porque si bien el sistema de exclusión tiene por finalidad reducir los costos de transacción en la economía, ese mismo sistema se convierte a sí mismo en un costo de transacción que puede conducirnos a que “la planchada nos salga más cara que la camisa”. En esa línea, Benito nos invita a escapar de la forma común en que pensamos los abogados, que perseguimos construir sistemas perfectos sin pensar que la perfección cuesta. Benito nos invita a ser realistas, a poner a la propiedad en el suelo, lejos de la profundidad de los bosques oscuros en los que los unicornios suelen esconderse.

Aquí surge una feliz coincidencia entre el trabajo de Arruñada y la situación de mi país y buena parte de Iberoamérica. En concreto, el Perú ha experimentado una interesante evolución en su sistema de propiedad, de la mano del desarrollo de un nuevo sistema registral. Los mecanismos de titulación de la propiedad informal (COFOPRI y PETT); la creación del Registro Predial Urbano; la relativa y aún incompleta modernización de los registros públicos; la continua amenaza del notariado, con su intento de elevar los costos de transacción para generar más rentas; entre otros hechos; convierten al Perú en un laboratorio perfecto para probar las tesis que Benito nos sugiere. Y muchas de sus conclusiones se confirman.

Por ejemplo, la necesidad de competencia como mecanismo para mejorar la calidad de la contratación privada es una muestra. Por otro lado, la protección de terceros a través de la acción estatal puede crear monopolios que pueden ser necesarios. Pero ello de ninguna manera puede justificar la creación de sistemas “privados” de apropiación de rentas monopólicas por medio de la actuación de los notarios. Así es constante la presión de los notarios para que, en defensa de una supuesta necesidad de mayor seguridad jurídica, se requiera su intervención con carácter obligatorio, de modo que puedan apropiarse de los recursos de los usuarios y pese a no satisfacer necesidad real alguna.

La discusión entre la alternativa de uso de un sistema de registro de derechos y un sistema de registro de documentos nos ayuda también a romper paradigmas. No necesariamente un sistema es superior al otro. En Derecho no existe el famoso “cebo de culebra”, ese unguento que los charlatanes ofrecen en las calles y que supuestamente cura todas las enfermedades y males del cuerpo y el alma. En Derecho las instituciones deben responder a una realidad social determinada y no siempre esta realidad adolece de lo mismos males. En ciertas circunstancias (como puede ser en las áreas rurales apartadas en el Perú), un registro de derechos puede ser demasiado caro para funcionar y un registro de documentos, o incluso el mantenimiento de los derechos en un régimen de privacidad, pueden ser remedios más adecuados.

4. Matando unicornios para que no se extingan

Una leyenda ucraniana relata :

“Todas las bestias obedecieron a Noé cuando las admitió en el arca. Todas salvo el unicornio. Confiado en su fortaleza señaló ‘Yo puedo nadar’.

Por cuarenta días y cuarenta noches las lluvias cayeron y los océanos hirvieron como una olla y hasta los puntos más altos fueron inundados.

Los pájaros del aire se posaron sobre el arca pero las olas los sumergieron. Pero el unicornio siguió nadando.

Sin embargo, cuando los pájaros emergieron nuevamente del agua se posaron sobre el cuerno del unicornio y lo sumergieron en el agua —y esa es la razón por la que hoy ya no existen los unicornios.”

De la misma manera como la realidad de los pájaros hundió a los unicornios, Arruñada nos advierte que el mundo real puede hundir a la propiedad si esta no asume que sus fuerzas no provienen de su naturaleza conceptual, sino de su capacidad de adaptarse al mundo real. Este libro les dirá por qué en ciertos lugares la propiedad no existe, y por qué en otros sí. Y no es sólo un problema de fe. No basta creer en los unicornios para que estos existan. No basta creer que necesitamos a la propiedad para que esta resuelva nuestros problemas. La propiedad hay que vivirla.

Si quisiera resumir el libro, diría que lo que busca es matar un cierto tipo de unicornio, el abstracto y conceptual, para resucitarlo en la forma de un unicornio práctico, capaz de resolver problemas reales, liberado de la “mitología” dogmática que suele atrapar a nuestras instituciones jurídicas. La supervivencia de la propiedad como institución depende justamente

de “matarla” bajo cierta visión y recuperarla como una idea nueva, vinculada a la realidad y que permita que el derecho escape de convertirse en una leyenda conocida y relatada por solo unos cuantos abogados iniciados en una especie de ocultismo conceptual. No queremos que la propiedad quede reducida al dicho de esos cuantos “iluminados” que recorriendo un bosque vieron el unicornio por un instante y nos sujetan a la dictadura de creerles todo lo que nos dicen solo porque los demás no tuvimos la suerte de “conocer el mito”.

Benito Arruñada nos libera de esa dictadura y nos muestra que la realidad del mito está en la cabeza de los hombres, en su capacidad de razonar, de ser creativos y de encontrar soluciones prácticas. Así, la propiedad, como los unicornios, sí vale la pena.

En síntesis, no me queda sino invitarlos a leer el libro, a acompañar a Benito Arruñada en su cacería de unicornios. Será una aventura interesante, académica e intelectualmente exigente.

Alfredo Bullard Gonzáles
Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho
en la Pontificia Universidad Católica del Perú y
en la Universidad de Ciencias Aplicadas

5. Referencias bibliográficas

- BECKER, G. (1976), “The Economic Approach to Human Behavior”, en G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 3-14. Traducido al español con el título “El enfoque económico del comportamiento humano”, *Información Comercial Española* N.º 557, enero de 1980, pp. 11-18.
- CAMPOS, P. (1998), *Jurismania: The Madness of American Law*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford.

PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

1. Instituciones y organización del Derecho de la Propiedad

La especialización de los recursos productivos incrementa su productividad y es el principal motor del desarrollo económico. Sin embargo, la especialización sólo es útil si los agentes económicos intercambian sus recursos, y el intercambio es costoso. Los costes de intercambio o transacción constituyen por ello un freno fundamental a la especialización y el desarrollo. Para reducirlos, los seres humanos empleamos numerosas instituciones y organizaciones adaptadas a las particularidades de cada actividad.

El trabajo cuya versión española presentamos analiza una parte de estas soluciones institucionales y organizativas: las que hacen posible la existencia y contratación a bajo coste de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. Su función es proteger dichos derechos y reducir las asimetrías informativas que pueden surgir entre quienes intercambian dichos bienes. Estas soluciones son, por un lado, las instituciones que configuran lo que los anglosajones llaman *Property Law* y que denominaremos “Derecho de la Propiedad”¹ y, por otro, las organizaciones que proveen los diversos tipos de servicios profesionales, administrativos y judiciales mediante los cuales se aplica dicho Derecho, asegurando los derechos y haciendo posibles las transacciones.

Las instituciones que distinguen el moderno Derecho de la Propiedad del Derecho de Obligaciones y Contratos se materializan fundamentales en tres principios. El primero de ellos es la mayor efectividad de los derechos reales (*ius in rem*) respecto a la de los derechos personales u obligacionales (*ius in personam*)². En segundo lugar, el hecho de que el

¹ Incluye todo el sector del Derecho en el que se aplican las instituciones típicas del llamado Derecho de Cosas, cuyo elemento principal es el Derecho Inmobiliario, pero cuyas fórmulas gozan de aplicación, como veremos, en otros muchos campos jurídicos.

² Los derechos reales, *iura in rem*, son aquellos que el sistema jurídico hace recaer sobre un bien (generalmente, un inmueble) y que, por tanto, no se ven modificados por una eventual transacción sobre dicho bien, como, por ejemplo, su venta. Se dice así que “van con la cosa”, cualidad que se conoce técnicamente como “reipersecutoriedad”. Son, pues, válidos contra todas las personas, *erga omnes*, al contrario que los derechos obligacionales o de crédito, que sólo gozan de efectos *inter partes*. Ejemplos típicos de derechos reales son la propiedad y la hipoteca. Para observar las diferencias entre ambos tipos de derechos, basta prestar atención a alguno de los muchos derechos que pueden y suelen, de hecho, contratarse tanto como derechos reales como obligacionales, incluso dentro de un mismo sistema jurídico. Por ejemplo, un arrendamiento es derecho obligacional si, al vender el inmueble antes de terminar el plazo del arrendamiento, el arrendatario ha de abandonarlo, siguiendo el principio clásico según el cual “venta quita renta”. El arrendatario pasa a tener entonces un derecho

establecimiento de la prioridad u ordenación jerárquica de los derechos reales atiende al momento de su publicidad (por ejemplo, goza de prioridad quien antes deposita su contrato o quien primero inscribe su adquisición en un registro público) frente a la regla general *prior in tempore potior in iure*, la cual regula la ordenación jerárquica de los derechos personales en función de la fecha de perfeccionamiento del contrato. Por último, en la adjudicación de derechos en litigio, se proporciona protección al adquirente de buena fe en perjuicio incluso del *verdadero* propietario, tanto en aquellos ordenamientos jurídicos con registros “de derechos” como, de modo incluso más genérico, en otros ámbitos, entre los que destaca la contratación mercantil.

Por otro lado, en cuanto a las organizaciones, se tienen varios sectores de actividad profesional, de considerable dimensión, conformados en cada país por las diversas modalidades de *conveyancers* (incluyendo notarios, letrados, *abstracters*, *licensed conveyancers*, etc.) y aseguradores de títulos, encargados de preparar y asegurar los contratos privados; y por los registros de la propiedad, es su doble variedad de registros de documentos y de derechos, encargados de dar publicidad a los títulos y proteger los derechos reales de terceros.

El presente trabajo desarrolla y contrasta empíricamente un marco teórico para analizar las instituciones fundamentales del Derecho de la Propiedad, lo que proporciona una base sólida para el diseño y la regulación de las organizaciones necesarias para su aplicación eficiente. El análisis permite así orientar cuestiones esenciales en materia de reforma legislativa para los países que cuentan con instituciones desarrolladas. Posibilita también, por otro lado, esbozar diversas recomendaciones sobre cuándo y cómo establecer instituciones jurídicas eficientes en materia de derechos reales, tales que contribuyan a sentar las bases institucionales de un crecimiento económico sostenido en los países en vías de desarrollo y en transición a la economía de mercado.

El estudio se centra en la propiedad inmueble, tanto por su importancia económica como por ser también el Derecho Inmobiliario, en lógica consecuencia, el área del Derecho en la cual han adquirido un mayor desarrollo las instituciones jurídicas mencionadas anteriormente. Esta complejidad institucional de la propiedad inmobiliaria se debe al papel fundamental que los derechos reales inmobiliarios desempeñan en el desarrollo económico. La tierra no sólo constituye *per se* un importante recurso, sino que también desempeña una función esencial como garantía del crédito, reduciendo los costes de transacción de la actividad crediticia y haciéndola posible a gran escala y sin garantías personales³. Este tipo de consideración ha

obligacional contra el arrendador. En cambio, el arrendamiento es un derecho real si, tras producirse la venta, el arrendatario mantiene su posición respecto al inmueble, de modo que, al adquirir, el comprador meramente se subroga en la posición arrendadora del primer propietario. Si es el caso que éste se lo ha vendido libre de arrendamientos, es el comprador quien tiene entonces un derecho obligacional contra el vendedor.

³ Como escribía el autor del preámbulo del Proyecto de ley de bases de 1858 que inició el largo camino legislativo de la Ley Hipotecaria de 1861:

Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas. Obligados los propietarios a pagar crecidos réditos por los fondos que emplean en la labranza, o se abstienen de mejorarla y

llevado a las principales organizaciones de ayuda y cooperación internacional a promocionar desde hace un tiempo proyectos de administración de tierras y formalización de sus títulos, tanto en los países en vías de desarrollo como en los antiguos países socialistas. Por desgracia, la situación y los resultados no han sido del todo satisfactorios, hasta el punto de que los efectos y utilidad de dichos proyectos han sido cuestionados⁴. Paralelamente, los sistemas de transmisión inmobiliaria están siendo objeto de controversia y reforma en los propios países desarrollados⁵. Por un lado, existe la convicción de que algunas de sus estructuras profesionales resultan obsoletas, como consecuencia de cambios en los mercados y la tecnología. Por otro lado, parece haberse producido un cierto olvido de cuáles son las bases

extenderla, convencidos de que la tierra no devuelve sino con suma lentitud los capitales que en ella se invierten, o abandonan el cultivo y arriendan sus heredades, lo cual las pone en manos de quien tiene interés en no hacer en ellas ninguna mejora cuyo fruto no pueda recogerse en un breve período, o apremiados por la necesidad se someten a la ley del capitalista, se obligan a pagar intereses superiores al producto líquido de su industria, y al cabo se arruinan devorados por la usura... 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 un 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. Solo así los actos y contratos que modifican el estado civil de la propiedad podrían obligar justamente al que no ha intervenido en ellos: solo así podrán adquirirse y transmitirse con la seguridad necesaria los derechos reales, que son la base y garantía del crédito territorial.

O, en las palabras de la Exposición de Motivos de dicha Ley,

nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre 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 aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación, ... la reforma era urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros desapiadados.

⁴ Estas experiencias han sido tratadas extensamente en la literatura. Muchas de ellas fueron discutidas por Braverman, Brooks and Csaki (1993), y más recientemente, en World Bank (2001).

⁵ Recuérdense, por ejemplo, las polémicas que se desarrollaron en España durante el año 2001 sobre la reforma de la “fe pública”, concretadas en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. El caso dista de ser único. Muchos países han liberalizado notablemente la intervención profesional en la fase de preparación de documentos o contratación privada. El caso más notable es el de Estados Unidos, donde ya en la mayoría de transacciones inmobiliarias entre particulares no intervienen letrados. Reformas similares han tenido lugar en el Reino Unido y Australia, y se están moviendo incluso en el mismo sentido los países de notariado latino, empezando por Holanda y Portugal.

organizativas de las instituciones creadas con considerable dificultad durante la segunda mitad del siglo XIX⁶. Tanto en países en vías de desarrollo como en los desarrollados parece existir, pues, un vacío entre, por un lado, las necesidades de los reformadores y reguladores y, por otro, el mundo científico llamado a ofrecerles soluciones.

2. *Enforcement*, costes de transacción y publicidad de los derechos de propiedad

Presuponiendo una voluntad política respetuosa de los derechos de propiedad, la tarea de hacer valer, hacer efectivos, dotar de eficacia o, si se me permite usar un barbarismo crecientemente necesario, “enforzar” los derechos reales es fácil, por ser los inmuebles inmóviles, duraderos y relativamente poco deteriorables. Este bajo coste en que se ha de incurrir para hacerlos efectivos, este bajo coste de *enforcement*, implica que los derechos reales sean útiles para contratar los diversos usos especializados de la tierra, como depósito de valor y como garantía de otras obligaciones, sobre todo crediticias. Todo ello favorece la especialización productiva y el desarrollo económico.

Esta ventaja de especialización no se alcanza directamente, sino mediante la reducción de los costes de *enforcement* de los derechos. En principio, todo tipo y grado de especialización podría contratarse mediante derechos obligacionales. Sin embargo, a igualdad de otras condiciones, los derechos reales disfrutan de mayor certidumbre en cuanto a su realización. En otras palabras, las partes precisan incurrir en un coste menor para hacerlos efectivos. Piénsese, por ejemplo, en la peor garantía que proporciona un crédito personal respecto a uno hipotecario. En el fondo, la eficacia de los derechos reales proviene de su exclusividad, que obliga a todo el mundo y no sólo al transmitente del derecho. De modo similar, cuando un arrendamiento se configura como derecho real, el adquirente del inmueble también está obligado a respetarlo. En términos económicos: el valor de un derecho real no se ve afectado por las acciones de terceros, al contrario de lo que sucede con los derechos obligacionales⁷.

2.1. *Enforcement* mediante consentimiento

Para asegurar la efectividad o *enforcement* de los derechos reales, su contratación se efectúa de hecho en dos fases o, aplicando un concepto amplio de contrato, mediante dos contratos sucesivos. La primera fase consiste en la contratación ordinaria, de carácter

⁶ Nada más revelador respecto a este olvido de las pautas de diseño e instauración de estas instituciones que las quejas expresadas por los impulsores de reformas instituciones que buscan consolidar los derechos de propiedad en los países en desarrollo (de Soto, 1989, 2000).

⁷ Esta diferencia tiene incluso traducción contable: en el activo de una empresa, los derechos reales suelen merecer una contabilización diferenciada.

privado⁸, entre las partes. La segunda fase, que es la característica de los derechos reales, tiene como objeto reunir el consentimiento de todos los titulares de derechos reales que pudieran ser afectados por el primer contrato entre partes.

Este consentimiento de los afectados puede prestarse de forma explícita (por acuerdo privado, declarando ante un registro público o en un procedimiento judicial), así como de forma implícita (mediante, por ejemplo, la aplicación de una regla de prescripción). En todo caso, el consentimiento es intrínseco al *enforcement* de un derecho como derecho real, pues, mientras que todos los afectados no hayan consentido, las transacciones entre partes no transmiten derechos reales en el grado prometido. Antes de su consentimiento, la transacción correspondiente alcanza sólo efectos obligacionales en la medida en que carece de efectos reales. En un caso extremo, ausente el consentimiento del verdadero propietario, un adquirente obtiene sólo una obligación del vendedor que no es verdadero propietario. Más en general, todo derecho que pretenda ser plenamente real sigue siendo parcialmente obligacional si un afectado mantiene algún tipo de derecho o posibilidad de ejercer una acción contradictoria o concurrente contra él. Supongamos, por ejemplo, que *X* vende a *Y* un solar para construir un casa, pero la construcción bloquearía el paso a un solar colindante propiedad de *Z*. Si el sistema jurídico protege dicha servidumbre de paso como derecho real, *Y* sólo ostenta, en cuanto a lo que dañe a la propiedad de *Z*, un derecho obligacional contra *X* si éste le vendió el solar libre de derechos de paso. El solar de *Y* carga con el derecho de paso hasta que, eventualmente, *Z* consienta en cederlo o lo abandone.

Los diversos sistemas legales difieren en cuanto a la organización de esta segunda fase contractual. Sobre todo, respecto al grado de voluntariedad que otorgan o no a las partes para que éstas recaben el consentimiento de los afectados en el momento del primer contrato. No obstante, con independencia de cuándo se presta, este consentimiento es un requisito necesario y general, intrínseco a la propia naturaleza y existencia de derechos reales. De ese modo, ningún titular ve dañado o es privado de su derecho por acciones de terceros sin su voluntad. Sólo cuando se han otorgado los consentimientos relevantes quedan “depurados” los nuevos derechos de toda contradicción, motivo por el que a menudo se habla de este segundo contrato como de la “depuración” o “purga” de los derechos.

2.2. La especialización requiere multiplicidad de derechos

Si no existieran múltiples derechos en el mismo bien, asignados además a diferentes personas, obtener y contratar el consentimiento sería un problema relativamente fácil⁹. Sin embargo, ése no es el caso, sino que, por el contrario, suele ocurrir que numerosos titulares ostentan derechos diferentes y potencialmente conflictivos sobre un mismo inmueble. Sucede

⁸ Nótese que este contrato entre partes es un contrato “privado” sin perjuicio de que se instrumente en escritura “pública”, escrituración ésta que refuerza la calidad de la prueba pero que no comporta el consentimiento de terceros.

⁹ Incluso en ese caso, los derechos reales y obligacionales causarían problemas diferentes: los derechos reales dan lugar a que los titulares demoren las transacciones mientras que los obligacionales plantean el riesgo de que sean expropiados, como analiza brevemente Epstein (1998, pp. 215-249).

así como consecuencia de factores voluntarios e involuntarios, ligados respectivamente a la especialización y el intercambio.

Por un lado, la especialización requiere definir voluntariamente múltiples derechos en los bienes, de tal modo que se atribuyan eficientemente diversas posibilidades de posesión y uso según muchas dimensiones físicas y jurídicas¹⁰. Las dimensiones físicas se relacionan principalmente con el espacio y el tiempo. Las dimensiones jurídicas incluyen los derechos a vender, comprar, ejecutar y excluir a otros. Los titulares de derechos pueden ser individuos concretos —por ejemplo, un prestamista hipotecario o el dueño de una finca adyacente— o bien tratarse de grupos más difusos¹¹. Es éste el caso de los “derechos” colectivos, como los

¹⁰ Incluso las sociedades primitivas desarrollan sistemas sofisticados con derechos múltiples, intentando explotar las ventajas de la especialización de acuerdo con los recursos y la tecnología disponibles. Es éste el caso, por ejemplo, de la separación de derechos a usar la tierra y explotar los árboles frutales que crecen en ella, comunes en las islas Fiji y parte de Nueva Guinea, o de los derechos a extraer raíces y cazar roedores (Lowie, 1920, pp. 226-229). El mismo autor muestra el uso de la tierra como garantía de deudas. Por ejemplo, los Ifugao del norte de Luzón, en las Filipinas, establecen complejas *fiducias* y emplean intermediarios remunerados (pp. 230-31). A lo largo de sus varios siglos de existencia, el Derecho romano desarrolló la casi totalidad de derechos reales hoy disponibles, incluyendo al final la hipoteca y el registro administrativo. Los derechos medievales sobre la tierra tenían también carácter real y múltiple, alcanzando elevados niveles tanto de *enforcement* como de especialización.

¹¹ Se trata en ambos casos de derechos reales, pero son diferentes tanto la naturaleza de su titularidad (identificada o no en individuos concretos) como su origen inmediato (respectivamente: voluntario y contractual, en los individuales; coercitivo y legal en los que, por semejanza, cabe catalogar como “colectivos” (Véanse, por ejemplo, Nelson [1977] y Fischel [1985, 2000]). El origen de estos derechos de titularidad difusa reside en disposiciones legales que, al limitar el ejercicio de los derechos individuales, vienen a otorgar, de forma más o menos implícita, ciertos derechos a otros ciudadanos. Por ejemplo, la prohibición de que el propietario de una finca pueda edificar por encima de una determinada altura otorga a sus vecinos un derecho a impedir que el edificio supere dicha altura. A nuestros efectos, viene a tratarse de un derecho real, en el sentido que estamos empleando, pues recae sobre los bienes y no sobre los individuos, aunque jurídicamente esta consideración no sea del todo exacta. Una parte de la literatura económica de orientación liberal ha criticado el uso del término “derecho” para referirse a titulares colectivos, argumentando que en última instancia los derechos siempre los ostentan individuos. El debate es más semántico que sustancial, sin embargo. Ciertamente, detrás de todos los grupos humanos se encuentran individuos, pero lo relevante es que el carácter más o menos difuso de la titularidad de los derechos origina diferencias notables en cuanto a qué soluciones es eficiente utilizar al ejercitarlos. Desde este punto de vista, lo que distingue a los derechos individuales de los que hemos etiquetado como colectivos es que la defensa de estos últimos por los propios individuos titulares confrontaría dificultades notables (no están bien identificados y sufren problemas de acción colectiva), lo que hace necesario usar fórmulas que no reposan tanto en las actuaciones individuales de los interesados. No procede discutir aquí la cuestión, más amplia, de cuál es el grado de eficiencia de las restricciones que cada sociedad impone a los derechos individuales. Baste con señalar que en el caso que nos ocupa

asociados al planeamiento y la regulación del uso del suelo, el control de alquileres, la expropiación forzosa y el cobro de impuestos.

La partición más común de derechos es la que responde al deseo de especializar la propiedad y control cuando se transmite el derecho al uso del bien sin transmitir su propiedad (por ejemplo, a través de un arrendamiento). Piénsese, por ejemplo, en la situación del propietario de una finca rústica que por cualquier motivo no se encuentra en condiciones de utilizarla. Es obvio que la transmisión de esa finca ampliaría sus posibilidades de utilización, al permitir que otro la disfrute. Pero también lo haría su arrendamiento, que consiste en transferir temporalmente el derecho a utilizarla. En ambos casos, venta y alquiler, se facilita la especialización en tareas de producción agrícola. Con el alquiler, existe incluso una mayor especialización de funciones, pues son personas distintas las que pasan a ejercer la propiedad y el control de los bienes. Todos los derechos que separan propiedad y uso presentan esta característica.

Por otro lado, con ser muy valiosa la posibilidad de separar las funciones de propietario y usuario de los bienes, tal vez el efecto más importante del intercambio y la definición de derechos múltiples sobre los bienes inmuebles tiene carácter indirecto, y resulta de la utilización contractual de los inmuebles como garantía para el pago de las deudas contraídas por su propietario. Por su propia naturaleza, inamovible y menos sujeta a depreciación, los inmuebles presentan buenas propiedades como garantía¹². Su empleo como tal permite reducir los costes de transacción de las operaciones financieras, facilitando la especialización de funciones inherente al endeudamiento. La hipoteca, que no es otra cosa que una transmisión parcial de derechos sobre inmuebles, reduce los costes de las operaciones financieras y, como consecuencia, facilita la especialización de sus protagonistas: por un lado, el acreedor en su papel de financiador y el deudor en la correspondiente actividad productiva.

La hipoteca no es el único derecho “derivado”. Lo son también los ligados a otras transacciones, como las opciones de compra que a menudo conceden los contratos a los arrendatarios o las regulaciones sobre el uso de la tierra rural a los propietarios de fincas

parece razonable pensar que muchas limitaciones a los derechos de propiedad individuales son necesarias no sólo para fines de ingeniería social sino para que puedan reducirse los costes de transacción de los derechos individuales. Si los derechos colectivos (por ejemplo, el derecho de un propietario a que su vecino respete la regulación urbanística) sólo se pudieran defender individualmente, es probable que aumentase la asimetría informativa entre el propietario y los eventuales compradores de su finca. Por ese motivo, se opta por defender dichos derechos colectivos mediante actuaciones de índole colectiva, como son en nuestro caso la regulación urbanística y la posterior intervención registral que comprueba su conformidad. Asimismo, cuando la ley obliga a las partes a que los contratos de compraventa de inmuebles o de hipoteca reúnan ciertas características, se abarata la contratación ulterior sobre esos inmuebles o sobre esos créditos, porque esta contratación ulterior se efectúa sobre derechos de naturaleza más estandarizada.

¹² En palabras de un historiador del Derecho primitivo, “land is the chief wealth of the people and the best security, and the lender is prepared to advance money without interest on the security of a pledge of land, instead of a pledge of persons or goods. It is inconvenient to the borrower: he parts with the possession of land till repayment, but he needs the money. This transaction, however, depends on a clear right of the occupier to pledge the land” (Diamond, 1971, p. 373).

adyacentes. Constantemente, se están desarrollando además nuevas particiones de derechos. Una creación reciente es el uso de apartamentos bajo fórmulas multipropiedad de tiempo compartido, que proporcionan especialización en tiempo y espacio¹³.

Se tiene, por último, como fuente de derechos múltiples la presencia de bienes públicos. En este terreno, tanto la existencia de economías de escala como los elevados costes de transacción en que incurrirían las eventuales soluciones alternativas que pudieran aplicarse han llevado a lo largo de los siglos a adoptar diversas soluciones para hacer que la propiedad individual sea compatible con el uso eficiente de recursos comunes, tanto en el ámbito rural como urbano. Las reglas que rigen sobre derechos de paso, la regulación urbanística y la propiedad en común dan fe de esta necesidad¹⁴.

La multiplicidad de derechos surge también, en segundo lugar, de forma involuntaria, como consecuencia de las transacciones. La especialización requiere la asignación eficiente de bienes y derechos, y tal asignación se efectúa mediante transacciones. Sin embargo, la realización de cada transacción acarrea consigo el potencial para la creación involuntaria de derechos múltiples y conflictivos, asociados a los defectos de que puedan adolecer la titularidad y la propia transmisión. Todas las transacciones generan así posibles reclamaciones adicionales sobre el bien, y estas demandas deben entenderse como derechos reales si tienen alguna probabilidad de éxito.

El problema se agrava porque, en un entorno económico en constante cambio y desarrollo, el uso óptimo de los recursos requiere adaptaciones también constantes en la conformación y titularidad de los derechos sobre los inmuebles. Este proceso adaptativo se logra mediante un número y una variedad crecientes de las transacciones, dirigidas tanto a transferir la titularidad como a descomponer y agregar los derechos, o bien a efectuar inversiones que alteran la naturaleza física de los activos. La intensidad de estos procesos transformadores origina gran multiplicidad de derechos, con grave riesgo de colisión de intereses entre distintos titulares cada vez que alguno de ellos dispone o transforma su derecho. Muchas de estas alteraciones de un derecho suelen afectar los derechos de terceros que no son parte en la transacción y que son titulares de otros derechos sobre el mismo inmueble o sobre los inmuebles vecinos, pero las variantes de derechos afectados son muy diversas. Los supuestos más comunes son, por un lado, los de titularidad discutida o compartida del derecho que es objeto del negocio; y, por otro lado, el daño de otros derechos, ya versen éstos sobre la misma finca o sobre fincas vecinas. Sea cual sea su manifestación, se producen “efectos externos” sobre terceros, tanto negativos como positivos. Por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre una finca reduce su valor para ciertos titulares actuales o potenciales de derechos sobre la misma finca, como sería un posible copropietario¹⁵. Asimismo, la construcción de un edificio en un solar o, más simplemente, la propia venta del solar afecta a los edificios vecinos, los cuales suelen tener, por ejemplo, derechos de vistas,

¹³ Sistemas similares se desarrollan para bienes muebles de elevado valor. Los aviones, por ejemplo, se utilizan a menudo bajo fórmulas de “propiedad fraccionada” (“More Fliers Upgrade to Private Service”, *The Wall Street Journal Europe*, 26-28 de abril de 2002, p. N6).

¹⁴ Ellickson (1993) proporciona un análisis detallado de algunos de estos asuntos.

¹⁵ También se ven afectados los titulares de derechos obligacionales. En el ejemplo, se sustrae una parte del patrimonio del propietario de la finca al concurso de los demás acreedores obligacionales, que también se ven así afectados. Volveremos sobre este asunto en la nota j.

así como disfrutar servidumbres de paso; y también a los solares colindantes, cuyos linderos han de respetarse¹⁶.

2.3. Costes de transacción y publicidad

Si bien la exigencia de consentimiento de los afectados asegura el *enforcement*, la propia eficacia de éste sujeta la transmisión de derechos reales y la creación de nuevos derechos a una grave asimetría informativa entre las partes, que sólo se resuelve si éstas incurren en importantes costes de búsqueda y negociación.

Generalmente, los transmitentes sabrán más que los adquirentes sobre la existencia de posibles derechos contradictorios. Esta desigualdad informativa se manifiesta en defectos de carácter subjetivo y objetivo. Por un lado, los defectos subjetivos guardan relación con las facultades del vendedor, bien porque éste no es propietario o bien porque, aun siendo propietario, carece de la capacidad necesaria para vender. Por otro lado, las asimetrías objetivas provienen de la preexistencia de “cargas ocultas”, como son, por ejemplo, las hipotecas, los usufructos y las servidumbres, sobre las cuales el vendedor también suele tener mejor información que el adquirente. En general, la asimetría informativa es más acusada cuando se trata de derechos abstractos, como la propiedad y la hipoteca, carentes de signos externos que permitan observar su existencia. La posesión por el vendedor de un determinado bien, la cual sí suele ser o puede hacerse patente con facilidad al comprador, no garantiza que esa persona ostente realmente la propiedad de dicho bien y, menos aún, informa sobre las cargas que puedan pesar sobre el inmueble.

Si los adquirentes se percatan de la desventaja informativa que padecen, muchas transacciones provechosas tenderán a no llevarse a cabo. Para remediarlo, todos los ordenamientos jurídicos modernos estimulan o incluso requieren que los contratos que pretendan alcanzar efectos reales se hagan públicos. De este modo, se reducen los costes para producir información sobre qué derechos reales se podrían ver afectados y actuar en consecuencia, negociando el consentimiento con sus titulares o asumiendo, con los ajustes de precio correspondientes, los riesgos residuales que puedan subsistir.

3. Ejes básicos del trabajo

El cuerpo central de esta obra analiza con detalle la organización del proceso de contratación de derechos reales en los principales tipos de sistemas jurídicos, desde el antiguo sistema de privacidad absoluta a los actuales, basados en registros de documentos o de derechos. Se justifica en primer lugar por qué este proceso tiene lugar en dos fases: por un

¹⁶ Asimismo, se suelen generar efectos externos positivos. Uno de los más importantes es el que ocasionan las decisiones de localización de empresas dedicadas al ocio, como los parques de atracciones, que suelen provocar un incremento notable en el precio de los solares próximos. Por razones obvias, estas “externalidades” positivas suelen generar pocos conflictos, por lo que presentan menor interés.

lado, la contratación privada entre partes y, por otro, el consentimiento expreso o tácito de terceros para conseguir la depuración de los derechos transmitidos. Sobre esta base, y tras un breve examen comparativo de la eficacia y eficiencia de los dos principales modelos registrales, se identifican los requisitos organizativos que ha de reunir todo sistema que pretenda ser eficaz en la producción de seguridad jurídica en este terreno. Expresados en términos generales, estos requisitos organizativos se centran en la necesidad de evitar de raíz la posibilidad de que se presenten aquellos conflictos de intereses que, por afectar a terceros, no sería posible “salvaguardar” mediante mecanismos reputacionales basados en la libertad de elección del usuario.

Esta necesidad lleva a que todos los sistemas atribuyan la intervención profesional en cada una de las dos fases del proceso contractual a organizaciones y personas diferentes, quienes prestan tales servicios bajo regímenes de incentivos opuestos. Por un lado, abogados, notarios, *title agents*, bancos y todo tipo de *conveyancers* se encargan de preparar y mediar en la contratación privada, en un régimen en el que las partes eligen libremente al proveedor de los servicios (ello sin perjuicio de que, en un número decreciente de países, la elección esté restringida a una cierta clase de profesionales, los cuales suelen disfrutar, en ese caso, de barreras a la entrada). Por otro lado, la producción de efectos jurídicos en la fase de depuración de los derechos que tiene lugar mediante el “segundo contrato”, en el que los terceros afectados otorgan su consentimiento expreso o tácito al contrato privado de las partes, está dirigida por registradores y jueces en régimen de monopolio territorial.

La racionalidad de este monopolio registral y judicial reside en la protección de los derechos reales de terceros, quienes resultarían desprotegidos en un régimen de elección por las partes, ya que los terceros no están nunca en condiciones de influir en la conducta del proveedor de los servicios. Sea cual sea el régimen jurídico, no pueden intervenir en la elección de dicho proveedor y, llegado el caso, perderían su derecho real a cambio de un mero derecho obligacional contra las partes y el proveedor elegido por ellas.

El hecho de que la aplicación de estas pautas sea general, abarcando todos los países y sistemas jurídicos, refuerza las conclusiones alcanzadas en cuanto al buen diseño organizativo en este ámbito. Dichas conclusiones se refieren, en primer lugar, a que la posibilidad de introducir competencia está limitada a la fase contractual, en la cual la libertad de elección protege a las partes. En segundo lugar, la asunción de funciones registrales por quienes no son más que representantes de las partes (ya se trate de *conveyancers*, abogados o notarios) privaría de protección a los terceros titulares de derechos afectados, pues éstos no pueden intervenir en la elección de proveedor. Como consecuencia de esta desprotección de los terceros, tenderían a diluirse los efectos reales de las inscripciones registrales en la medida en que se hubiera de dar protección a los terceros en vía estrictamente judicial. Por último, existe una contradicción fundamental entre competencia e integración de funciones, ya que la competencia refuerza los incentivos de los representantes de parte para actuar en beneficio de sus representados y en detrimento de terceros.

El material empírico en que se sustenta el análisis procede principalmente de comparar los sistemas de cinco países, en los cuales se hallan representadas las dos tradiciones jurídicas dominantes hoy en el mundo: la del *Civil Law* o “Derecho Civil” continental y la del *Common Law* o “Derecho Común” inglés. Curiosamente, no existe correspondencia entre estas tradiciones y las soluciones adoptadas: países fieles a ambas tradiciones emplean indistintamente un sistema de registro o depósito de los documentos o escrituras (Estados Unidos y Francia) o bien un sistema de registro de derechos (Reino Unido, Alemania y

España). Ambos sistemas presentan importantes peculiaridades sustantivas y estructurales: en el registro de documentos, a diferencia de lo que ocurre en el de derechos, no hay exigencia pública de purga o depuración *ex ante* del negocio. No obstante, ambos sistemas demuestran funcionar de modo similar: el depósito permite actividades privadas de aseguramiento que, *de facto*, incentivan un cierto grado de depuración *ex ante* de los derechos reales. Es esta equivalencia funcional de los diversos sistemas la que permite identificar qué características organizativas son comunes a todos los sistemas, así como la naturaleza de sus diferencias, tanto de diseño como de funcionamiento.

El estudio hace también uso de la historia y de la evolución de las instituciones jurídicas para llenar las lagunas en el actual continuo institucional y para ilustrar problemas que ya no se presentan en los sistemas jurídicos contemporáneos. Ha sido preciso, empero, omitir gran cantidad de detalles con el fin de identificar la estructura esencial de instituciones (complejas) sometidas a examen. Así, por ejemplo, de Estados Unidos se analiza tan sólo el sistema más representativo, dejando a un lado las formas híbridas.

4. Nota sobre la versión española

La obra que hoy ofrecemos al lector es una traducción del trabajo “Property Enforcement as Organized Consent”, publicado en el *Journal of Law, Economics, and Organization* (vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 401-444), al que hemos añadido, además de esta introducción y un epílogo final, algunas notas explicativas, cuyo fin es proporcionar diversas extensiones de interés desde el punto de vista del Derecho y las instituciones españolas. Estas explicaciones complementarias pueden identificarse fácilmente, pues se han introducido como notas al pie adicionales, marcadas con letras, lo que las diferencia de las notas al pie originales, cuya numeración se mantiene.

Por lo demás, en la traducción del trabajo se ha respetado lo más posible la versión inglesa, introduciendo sólo algunos cambios menores que contribuyen a aclarar el significado de las diversas instituciones nacionales. También se han actualizado y añadido algunas referencias bibliográficas. El resumen inicial es una versión ampliada del somero *abstract* original.

5. Agradecimientos

Deseo expresar mi agradecimiento a los numerosos colegas y profesionales que han contribuido con sus comentarios, críticas y sugerencias al desarrollo del trabajo. Es el caso, en especial, de Lee J. Alston, Yoram Barzel, Lynn M. Fisher, William W. Fisher, Andrew U. Frank, Nuno Garoupa, Fernando Gómez Pomar, Philip E. Keefer, Fredrick M. Kerr, Gary D. Libecap, Dean Lueck, Carl H. Lyttkens, Thomas W. Merrill, Nicolás Nogueroles, Pam O’Connor, Joyce D. Palomar, Richard Pipes, Raúl Viedma, dos revisores anónimos y el editor del *Journal of Law, Economics, and Organization*, Ian Ayres.

El trabajo se ha beneficiado también de los comentarios recibidos de los participantes en numerosas presentaciones públicas, realizadas en congresos científicos (American Real Estate

and Urban Economics Association, Cancún; COST G9 Action, Modelling Real Property Transactions, Viena; European School on New Institutional Economics, Cargèse; International Society for New Institutional Economics, Berkeley; Real Estate Society Conference, Alicante), reuniones profesionales (Banco Interamericano de Desarrollo, Washington; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid) y seminarios universitarios (Montana State University, Bozeman; y Universität Hamburg, Hamburgo).

Ana Estrada colaboró con gran eficacia en la ardua preparación de los datos para el análisis estadístico de los sistemas registrales. La realización del trabajo ha contado también con la ayuda financiera del Ministerio de Ciencia y Tecnología a través de los proyectos SEC99-1191 y SEC2002-04471-C02-02. Más recientemente, en la traducción del texto inglés al español ha sido inestimable la colaboración de Rafael Arnáiz Ramos, Pedro Grández Castro y Antonio Pau Pedrón.

Gracias también, de forma muy especial, a Alfredo Bullard. Su prólogo sitúa el Derecho de la Propiedad en esa realidad mágica que sólo Iberoamérica ha sido capaz de producir. Ojalá que la cacería llegue a estar, algún día, a la altura de sus elogios.

Finalmente, y sobre todo, es de justicia destacar el que esta investigación no hubiera llegado a buen puerto sin la ayuda de Fernando Méndez González y Celestino Pardo Núñez. Su disponibilidad durante todos estos años ha sido esencial para que pudiera entender el Derecho de la Propiedad y la trascendencia que comporta la dimensión *real* de los derechos, una dimensión a la que había sido ajeno el análisis económico.

A todas estas personas es de aplicación, no obstante, la habitual exoneración de responsabilidad por los posibles errores y juicios de valor que puedan subsistir en el trabajo.

El autor

Barcelona, mayo de 2004

SEGUNDA PARTE: LA PROPIEDAD COMO CONSENTIMIENTO ORGANIZADO^a

Este trabajo desarrolla y contrasta una teoría sobre las instituciones que hacen posible la existencia y contratación de derechos reales, asegurando su eficacia, movilizándolo el valor como garantía de los bienes objeto de tales derechos y promoviendo, con todo ello, el crecimiento económico.

A diferencia de los derechos de crédito, de eficacia obligacional, el sistema jurídico reconoce a los derechos reales eficacia *in rem*, de modo que se ejercitan directamente sobre los bienes y, por ello, sólo pueden ser dañados con el consentimiento de su titular. Este requisito consensual garantiza el ejercicio del derecho o, lo que es lo mismo, asegura su *enforcement*, pero la exigencia de consentimiento resulta costosa cuando sobre un mismo bien concurren o se pretenden constituir múltiples derechos reales. Cuando así ocurre, algunos de estos derechos pueden colisionar entre sí, a menos que las partes obtengan el consentimiento de los titulares afectados, incurriendo en importantes costes de transacción que pueden poner en peligro el tráfico sobre tales bienes.

Para solventar este compromiso entre ventajas de *enforcement* y costes de transacción, se emplean diversas soluciones institucionales, cuya función consiste en facilitar que las partes puedan reunir a bajo coste los consentimientos relevantes. Para lograrlo, los sistemas jurídicos modernos requieren que se hagan públicos ya sea los contratos privados o los derechos reales a que éstos dan lugar. La publicidad de los contratos se logra sin más que archivarlos en un registro de documentos, lo que se suele complementar con fórmulas de aseguramiento económico, de eficacia obligacional, mientras que la publicidad de los derechos requiere una intervención imparcial que, en la práctica, tiene carácter judicial, para verificar que ningún derecho preexistente colisiona con el nuevo derecho que genera la última transacción.

En esta obra comparamos ambos sistemas de publicidad junto con el régimen de “privacidad”, más primitivo, dentro del cual el sistema jurídico reconoce carácter real a derechos que han permanecido ocultos. Como veremos, los tres sistemas acaban proporcionando servicios funcionalmente similares, pero su rendimiento relativo varía con diversas variables ambientales: principalmente, con el número de transacciones, el riesgo de oportunismo político y el grado de consistencia del regulador. Demostraremos también que es sensato permitir competencia en la elaboración, asesoría y aseguramiento de los contratos privados. Sin embargo, tanto el archivo de documentos como la inscripción registral de los derechos requieren monopolios territoriales, cuyo fin es garantizar su independencia y proteger a los terceros que son titulares de derechos reales potencialmente afectados por contratos privados en cuya elaboración no han participado.

^a Esta segunda parte es traducción de mi artículo “Property Enforcement as Organized Consent”, publicado en el *Journal of Law, Economics, and Organization* (vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 401-444).

1. Introducción

1.1. Motivación

Los derechos sobre bienes inmuebles resultan esenciales para el desarrollo económico, pues los inmuebles no sólo constituyen en sí mismos un importante recurso, sino que proporcionan la mejor garantía, lo que permite reducir los costes de transacción del crédito. Teniendo esto en cuenta, las organizaciones de ayuda internacional han promovido proyectos de titulación en muchos países en vías de desarrollo y antiguamente socialistas. Los resultados, sin embargo, han sido decepcionantes, lo que lleva a cuestionar los beneficios netos de tales proyectos¹. Simultáneamente, los sistemas de transmisión de derechos sobre la propiedad inmobiliaria también han sido criticados en los países desarrollados, dado que sus estructuras profesionales se perciben como mal adaptadas a las condiciones actuales. En ambos casos, parece existir un cierto desfase entre las demandas de los participantes en el mercado y la aportación de soluciones científicas². Pese a algunos avances del Análisis Económico del Derecho, así como de la Teoría de los Derechos de Propiedad, que proporcionan sólidos conceptos y análisis, entre los que se encuentran los trabajos relativos al papel de la posesión y de las reglas de adjudicación de Epstein (1979, 1987), Baird y Jackson (1984), Levmore (1987), Rose (1988), Miceli y Sirmans (1995), y Miceli, Sirmans y Turnbull (1998, 2000), la mayor parte del resto de trabajos no han tenido plenamente en cuenta, hasta hace muy poco, el núcleo de los derechos de propiedad: su carácter real³. De igual forma, la mayor parte de los estudios relativos a los efectos empíricos de los derechos de propiedad tratan los procesos de titulación como una “caja negra”⁴, de forma que obtienen resultados demasiado generales para servir como ayuda eficaz a los expertos en la materia, quienes, ante esta carencia de la teoría, se ven forzados a definir sus estándares de “mejor práctica” por inducción.

Esta tendencia se ha modificado recientemente, con los esfuerzos de Ayres *et al.* (1995a, 1995b, 1997, 2001), Kaplow y Shavell (1995, 1996) para elaborar una teoría formal integrada de las reglas de responsabilidad y de propiedad; y con los análisis acerca de la naturaleza de los derechos reales y las limitaciones legales relativas a su

¹ Estos proyectos han recibido amplia cobertura, como se expone en Braverman, Brooks y Csaki (1993) y World Bank (2001).

² Véase, sobre este asunto, por ejemplo, de Soto (2000).

³ Merrill y Smith (2001b) argumentan que diferentes análisis económicos sobre los derechos de propiedad, enraizados en Coase (1960) y representados por Calabresi y Melamed (1972), Cooter (1985) y Barzel (1989), pasan por alto los derechos reales y, como consecuencia de ello, una parte sustancial del Derecho de la Propiedad.

⁴ Acerca de los efectos de los derechos reales sobre el desarrollo, véanse Anderson y Lueck (1992), Besley (1995), Alston, Libecap y Schneider (1996), Atwood (1990), Place y Hazell (1993), Place y Migot-Adholla (1998), y Larson, Palaskas y Tyler (1999).

creación de Heller (1998), Buchanan y Yoon (2000), Merrill y Smith (2000, 2001a, 2001b) y Hansmann y Kraakman (2002), entre otros. Estos trabajos resultan muy valiosos para desarrollar una mejor comprensión general de los derechos reales, como se analizará más adelante. No obstante, por lo que se refiere al diseño organizativo de las instituciones necesarias para el funcionamiento eficaz de este tipo de derechos, su aportación está necesariamente limitada por su énfasis jurídico y su alcance en exceso general⁵.

Para llenar esta laguna, son necesarias mayores conexiones entre el Derecho, la Economía y el Análisis Organizativo. En esta obra trabajamos en esa dirección, aportando una explicación tanto de los procesos jurídicos como de sus estructuras organizativas de apoyo. Mediante un marco analítico derivado de la conexión convencional entre la regla de propiedad y los costes de transacción (en el espíritu de Calabresi y Melamed, 1972), examinamos por qué, cuándo y cómo los sistemas jurídicos modernos utilizan derechos reales. Mostramos que estos sistemas son funcionalmente similares, pues todos ellos desarrollan la función básica del Derecho Inmobiliario, consistente en facilitar que las partes de las transacciones puedan obtener el consentimiento de todos los titulares de derechos afectados, consentimiento que es, como veremos, requisito esencial para la plena eficacia de las transacciones sobre derechos reales⁶. Identificamos después los patrones organizativos comunes que comparten los distintos sistemas, así como sus diferencias en cuanto a diseño y rendimiento. Finalmente, damos respuesta a algunas preguntas fundamentales relacionadas con la reforma de estos sistemas en los países desarrollados e iluminamos el establecimiento de nuevos sistemas en países en vías de desarrollo.

Las pruebas empíricas que aportamos proceden fundamentalmente de una comparación de cinco países, cuya tradición jurídica se inscribe tanto en el *Common Law*, como en el *Civil Law*. Esto proporciona una diversidad de perspectivas, valiosas incluso cuando existe escasa correspondencia entre estas tradiciones jurídicas y las soluciones adoptadas. Tanto el registro de documentos, utilizado en Francia y en Estados Unidos, como el registro de derechos, usado en Inglaterra, Alemania y España, se emplean a menudo en países que tienen ambas tradiciones jurídicas, como confirmamos en el apartado 2.2 mediante un modelo econométrico construido sobre una muestra de 42 países. Estos dos sistemas presentan diferencias obvias: conforme al sistema basado en el registro de documentos, no se subsanan o depuran de forma pública y obligatoria las titularidades *ex ante*, al producirse la transacción, como sí sucede en el sistema basado en el registro de derechos. No obstante, demostramos que ambos sistemas son funcionalmente similares: el registro de documentos hace posibles las actividades privadas de asesoramiento que, de hecho, motivan y proporcionan una depuración voluntaria *ex ante* de los derechos reales. Empleamos también como prueba

⁵ O, en otros casos, por centrar su atención en bienes específicos, como el tratamiento de los derechos “morales” de los artistas (Hansmann y Santilli, 1997, 2001) y la función de las personas jurídicas para hacer posible la partición de los derechos reales (Hansmann y Kraakman, 2000).

⁶ Un derecho real es ejercitable sobre el propio bien y, por ello, resulta oponible frente a todos, mientras que un derecho de crédito solamente es oponible frente a un limitado número de personas, una distinción que se aclarará con mayor detalle más adelante.

indicios históricos acerca de las instituciones jurídicas, para llenar lagunas en la actual continuidad institucional y, de esta forma, ilustrar problemas que ya no existen en los sistemas contemporáneos. Como suele suceder con cualquier esfuerzo encaminado a identificar la estructura de instituciones complejas, suprimimos intencionadamente muchos detalles. En particular, los diversos sistemas imperantes en los Estados Unidos están representadas por el sistema más común y centramos la mayor parte del análisis en situaciones de equilibrio, prestando menor atención a las formas híbridas y a los matices y dinámicas de los distintos sistemas.

El cuerpo del trabajo se estructura como sigue: los restantes apartados de esta primera sección formulan el marco teórico y analizan los problemas creados por la contratación de derechos reales en régimen de privacidad, que es el régimen jurídico que empleamos como referencia. La sección segunda explica la estructura y equivalencia funcional de las soluciones institucionales basadas en la publicidad de documentos, por un lado, y la publicidad de derechos, por otro. Este análisis proporciona algunas lecciones para la organización y rendimiento relativo de las dos modernas formas de publicidad, el registro de documentos y el registro de derechos, las cuales exploramos en la sección tercera. Concluimos esbozando, en la sección cuarta, algunas extensiones posibles del análisis.

1.2. Pros y contras de los derechos reales

Este trabajo se basa en la distinción jurídica fundamental entre derechos reales y derechos obligacionales, que a menudo se confunden en la literatura económica bajo la etiqueta de “derechos de propiedad”⁷. El sistema jurídico puede hacer valer los derechos que recaen sobre los bienes como derechos reales, *iura in rem*, ejercitables sobre el propio bien y, por ello, oponibles frente a todos, *erga omnes*, de modo que tales derechos reales permanecen inalterados aunque se produzcan transacciones o transformaciones que afecten a los demás derechos que puedan existir sobre el mismo bien. Por ejemplo, el acreedor hipotecario mantiene el mismo derecho sobre la finca hipotecada aunque el hipotecante la venda a un tercero, ya que la hipoteca, como derecho real que es, afecta a todos, por lo que el adquirente está obligado a respetar tanto la hipoteca como, en particular, el derecho a ejecutarla en caso de que el primer propietario no pague la deuda garantizada con la hipoteca. En suma la eficacia de un derecho real es independiente de quien ostente otros derechos sobre el mismo bien.

En contraste con lo anterior, los derechos sobre los bienes también pueden configurarse como derechos obligacionales o de crédito, oponibles sólo frente a una persona determinada, *inter partes*. Para aclarar la diferencia entre ambos derechos, reales y de crédito, consideremos el caso del arrendamiento de inmuebles, un derecho que en muchos sistemas jurídicos las partes pueden estructurar libremente como derecho real o de crédito, y supongamos que el inmueble arrendado se vende durante la vigencia del arrendamiento. Si las partes configuran el arrendamiento como derecho de crédito, el arrendatario pierde, como consecuencia de la venta, el derecho de ocupación, y sólo obtiene a cambio un derecho de crédito frente al arrendador. Sin embargo, si el

⁷ Véase, por ejemplo, Barzel (1989).

arrendamiento es un derecho real, el arrendatario mantiene el derecho de ocupación. Es entonces el comprador del inmueble quien ostenta un derecho de crédito frente al vendedor, en caso de que la venta se hubiera efectuado “libre de arrendatarios”. El comprador sólo se subroga en la posición del vendedor y no existe ningún cambio en el arrendamiento, que se ha transmitido del vendedor al comprador junto con el inmueble, subsistiendo intacto tras la venta.

El marco analítico de esta obra se basará en un axioma implícito en esta caracterización de los derechos reales⁸. Cuando el sistema jurídico otorga eficacia real a un derecho, ello equivale a exigir el consentimiento de su titular para que tal derecho pueda resultar afectado, es decir, mermado de cualquier forma por terceros⁹. Esta exigencia de consentimiento asegura el goce pacífico de los derechos sobre bienes duraderos; y, especialmente, sobre inmuebles, por tratarse de bienes que no son fácilmente destruibles y están menos sujetos a abuso que la mayor parte de los demás bienes¹⁰. Frente a ello, la ejecución de derechos de crédito depende de la solvencia y posición jurídica de las personas, que son móviles y pueden sustraerse a las resoluciones judiciales, cuando se pretende obligarlas a pagar. Constituido sobre bienes duraderos, un derecho real resulta, por tanto, mucho más valioso que un derecho de crédito que tenga el mismo contenido y cuya única diferencia con el derecho real consista en que el derecho de crédito carece de posibilidad de ejercicio *in rem*.

Esta mayor eficacia del derecho real tiene, sin embargo, un coste: las transacciones entre las partes no transmiten derechos con el alcance real prometido hasta que los titulares de todos los derechos reales que son afectados por las transacciones no hayan

⁸ El argumento se basa en la vieja idea de que, si un derecho tiene eficacia real, ello puede generar costes de transacción elevados. Estos costes pueden evitarse si se protege menos el derecho, empleando reglas de responsabilidad, que no requieren el consentimiento del titular para que el derecho pueda ser dañado. El conflicto se da, por tanto, entre la seguridad o fortaleza del derecho y el coste de transmitirlo. Empezando por Calabresi y Melamed (1972), este conflicto es más o menos explícito, entre muchos otros trabajos, en Baird y Jackson (1984), Epstein (1987), Levmore (1987) y Rose (1988), al igual que en otros más recientes que se han centrado en su mayor parte en el papel del *numerus clausus* de los derechos reales, como Heller (1999), Merrill y Smith (2000), y Hansmann y Kraakman (2002).

⁹ En este trabajo empleamos los términos “consentimiento” y “costes derivados del consentimiento”, en lugar del más genérico “costes de transacción”, para distinguir los costes de la transacción privada entre vendedor y comprador, de los costes de transacción que surgen al obtener el consentimiento de cualquier tercero que pueda ostentar derechos reales sobre la misma finca.

¹⁰ El apartarse de la presunción de supervivencia del bien introduce confusión en el análisis de los derechos reales. Por ejemplo, cuando Hansmann y Kraakman (2002: S410) critican la definición estándar de los derechos reales como aquellos “buenos frente a todo el mundo”, presentan el caso de una pintura que resulta dañada por un tercero imprudente. Sin embargo, el caso es inadecuado para identificar la naturaleza, obligacional o real, de los derechos del pintor para demandar conforme a diferentes procedimientos, porque todos los derechos objeto de estudio son necesariamente obligacionales, debido a lo fácil que resulta la destrucción parcial de una pintura.

dado su consentimiento. En consecuencia, para crear derechos reales perfectos tiene que producirse algún tipo de contratación secundaria entre las partes que celebran la transacción y quienes ostenten derechos reales afectados por aquella, a fin de que estos últimos presten su consentimiento. La función de muchas instituciones del Derecho de la Propiedad consiste en posibilitar estos segundos “contratos” con los titulares de derechos afectados, quienes pueden prestar su consentimiento tanto de forma explícita, mediante un acuerdo privado, declarando ante un registro o en un procedimiento judicial; como de forma implícita, mediante el simple transcurso del tiempo. El consentimiento puede también producirse *ex ante*, en el momento en que tenga lugar la transacción, de modo que los derechos resultantes de la transacción estén libres de incertidumbre acerca de quién es el auténtico titular del derecho y acerca de su exacta naturaleza; o bien, alternativamente, el consentimiento puede demorarse, en cuyo caso los nuevos derechos permanecerán gravados por la posible supervivencia de cualesquiera derechos reales contradictorios con la transacción y cuyos legítimos titulares no hubieran prestado su consentimiento.

En todo caso, sin el consentimiento de los titulares de derechos afectados, las transacciones producen una mezcla de derechos reales y de crédito, con efectos reales sólo en la medida en que no se opongan a derechos reales supervivientes y con efectos obligacionales en todo lo que sí colisionen con tales derechos reales contradictorios¹¹. La proporción de derechos reales y obligacionales presentes en esta mezcla varía dependiendo del tipo de derechos en conflicto. En el caso extremo de una transmisión fraudulenta, el adquirente obtiene sólo un derecho de crédito contra el transmitente si éste no es el auténtico propietario. De forma más general, cualquier pretendido derecho real es, de hecho, parcialmente obligacional si se mantiene un derecho real contrapuesto o concurrente contra el mismo. Esto es cierto también en la mayor parte de los litigios relacionados con la titularidad¹². Supongamos que *A* vende una finca a *B*, pero *C* puede ser el verdadero propietario con alguna probabilidad θ . Hasta que *C* preste su consentimiento o la incertidumbre se resuelva de alguna otra forma, *C* ostenta un derecho real y la propiedad de *B* está gravada con una imperfección. (Dependiendo de

¹¹ La obtención del consentimiento plantearía un problema menor si solamente se definiera un derecho por cada bien. Suele ser provechoso, sin embargo, que muchas personas ostenten derechos sobre el mismo bien, con el fin de alcanzar las ventajas de especialización. En el caso de los inmuebles, es habitual asignar la posesión física y la propiedad a diferentes personas y definir otros derechos abstractos con el fin de explotar el valor de los inmuebles como garantía. Los propietarios ostentan también algunos derechos sobre fincas colindantes, ya sea de forma individual o a través de organismos políticos. Por último, también pueden surgir derechos múltiples como consecuencia no intencionada de la mayor parte de las transacciones. En esencia, cualquier reivindicación sobre un bien con una probabilidad no nula de obtenerlo es un derecho real. (Ellickson [1993] proporciona un análisis detallado de la variedad de derechos reales).

¹² La palabra “título” se refiere a menudo tanto a una titularidad protegida por la ley, como sucede en este caso, como a la prueba documental de la misma, o “título formal”. La práctica establecida hace imposible evitar esta ambigüedad que, en la mayor parte de los casos, queda aclarada fácilmente por el contexto.

las circunstancias específicas, *B* también habrá obtenido un precio más bajo o un derecho obligacional frente a su vendedor, *A*, o frente a otros participantes en la transacción).

Los derechos reales se enfrentan, de esta forma, a un toma y daca con efectos positivos y negativos. Por una parte, garantizan la eficacia de los derechos, dado que es preciso el consentimiento de sus titulares para que puedan verse afectados. No obstante, y por el mismo motivo, la supervivencia de los derechos reales después de la transmisión del bien o de cualquier otra transformación de derechos exige disponer instituciones que faciliten los procesos de búsqueda, negociación y contratación del consentimiento y dedicar recursos para conseguirlo en cada caso. Un coste obvio es que la posible existencia de derechos reales ocultos aumenta la asimetría de información entre los transmitentes: a falta del consentimiento del titular del derecho oculto, el bien adquirido permanecerá gravado por dicho derecho y el adquirente obtendrá sólo un derecho de crédito contra el vendedor. De forma más general, los costes de transformación y de transmisión de los derechos reales aumentan porque se hace necesario: saber qué derechos reales potencialmente conflictivos tienen validez, descubrir quiénes son sus titulares, negociar con tales titulares de derechos para obtener su consentimiento y celebrar un acuerdo con los mismos. Este aumento en los costes de transacción puede a su vez obstaculizar la inversión, el comercio y, en suma, la especialización de todos los recursos productivos afectados tanto directa como indirectamente.

1.3. La privacidad de los derechos como marco de referencia

Conforme a la tradición romanista de transmisión privada de la propiedad, que predominaba en buena parte de Europa hasta el siglo XIX, los contratos privados relacionados con bienes inmuebles podían tener efectos reales frente a terceros incluso si las partes los mantenían en secreto¹³. En caso de conflicto, los tribunales asignaban entre los litigantes los derechos reales y de crédito sobre la base de pruebas relativas a la posesión y las transacciones pasadas, aunque estas transacciones hubieran permanecido ocultas. Esta vigencia potencial de derechos ocultos adversos hacía que el consentimiento pleno de los terceros afectados resultase difícil de alcanzar al contratar entre las partes, *ex ante*, obstaculizando el comercio y la especialización productiva. Todas las transacciones sobre inmuebles daban así lugar, total o parcialmente, a derechos de crédito, y no se llegaba a alcanzar el beneficio que proporciona el *enforcement* de derechos reales, especialmente respecto a derechos de índole abstracta.

Para apreciar estas dificultades, consideremos brevemente cómo funcionaban los dos medios de prueba utilizados tradicionalmente para determinar la titularidad en un régimen de privacidad: la posesión y la “cadena” de títulos.

En primer lugar, el uso de la posesión para establecer derechos reales limita de forma intrínseca la especialización porque no es aplicable a derechos abstractos como

¹³ Se exigían ciertas formalidades, pero éstas estaban encaminadas a evitar el fraude y facilitar el potencial trabajo futuro de los tribunales, no a proporcionar publicidad.

son la propiedad y la hipoteca¹⁴. Por un lado, en la medida en que la posesión se emplea para determinar la propiedad, se ve dificultada la especialización de propiedad y control, ya que el control exige posesión, lo que expone al propietario al riesgo de que el poseedor utilice su posición para adquirir o transmitir la propiedad. En caso de concretarse dicho riesgo, el propietario no poseedor solamente ostentaría un derecho de crédito frente al poseedor que cometiese el fraude. De modo similar, por otro lado, las operaciones de crédito tenderán a contratarse con ayuda de garantías obligacionales, suministradas tanto por el deudor como por el acreedor. Esto es consecuencia de que la única forma de proporcionar una garantía real al acreedor es transmitirle la propiedad o la posesión del bien dado en garantía, dejando por tanto el interés del deudor sujeto a la calidad personal del acreedor y protegido sólo por una obligación personal a cargo de éste. Además, no es posible utilizar un mismo inmueble como garantía de varias deudas constituidas a favor de distintos acreedores, salvo que se entregue la administración del inmueble a un tercero, con los conflictos adicionales que ello puede ocasionar.

En segundo lugar, algunos de los problemas que plantea la posesión se resuelven incorporando en la escritura información relativa a la existencia de derechos abstractos, como la propiedad y determinadas cargas y consentimientos¹⁵. Ciertamente, la justificación de la existencia del derecho mediante la cadena de títulos facilita la separación de propiedad y control. Sin embargo, los adquirentes continúan totalmente desprotegidos frente a aquellas cargas ocultas que no se contratan de forma voluntaria, como son las que surgen de ciertas decisiones judiciales y gravámenes tributarios. Además, aparecen nuevas posibilidades de transmisión fraudulenta, como son el antedatar una venta o una hipoteca para alzarse con los bienes, las cuales dan a su vez origen a derechos de crédito frente al otorgante fraudulento y los profesionales implicados en la transacción¹⁶. Precisamente, es quizá para contener el fraude por lo que la intervención en la formalización de las transacciones tiende a convertirse en un monopolio profesional. La cadena de títulos también permite instrumentar garantías

¹⁴ Para un análisis detallado del papel que desempeña la posesión en la transmisión de derechos sobre diversos tipos de bienes, véase Baird y Jackson (1984).

¹⁵ La inclusión en el título de los consentimientos otorgados por quienes ostentan derechos afectados parece haber sido utilizada durante mucho tiempo. En los títulos demóticos utilizados en el Egipto de Tolomeo entre 650 y 30 a. C., el consentimiento de los titulares de derechos afectados (normalmente la esposa y coherederos del vendedor) se declaraba en una cláusula específica (Manning, 1995: 254-55).

¹⁶ La obligación generalizada de que se empleen ciertas formas de prueba confirma la importancia de limitar las transmisiones fraudulentas. Algunas sociedades antiguas incluso consideraban sagradas las escrituras y concesiones de terrenos (Ellickson, 1993: 1329, n. 49). En Egipto, la tierra se transmitía transfiriendo la totalidad de la cadena de títulos, y las escrituras eran selladas por un funcionario público (Manning, 1995, 2003, Powelson, 1988: 17-19; Silver, 1995: 125). El uso de títulos puede incluso haber sido más antiguo. La práctica entre el pueblo de los Ewe demuestra que no se precisan títulos escritos, ni siquiera para usar la cadena de títulos como prueba de la calidad del derecho (Lowie, 1920: 223-24). Desde tiempos antiguos, los sistemas jurídicos exigen también la presencia de testigos.

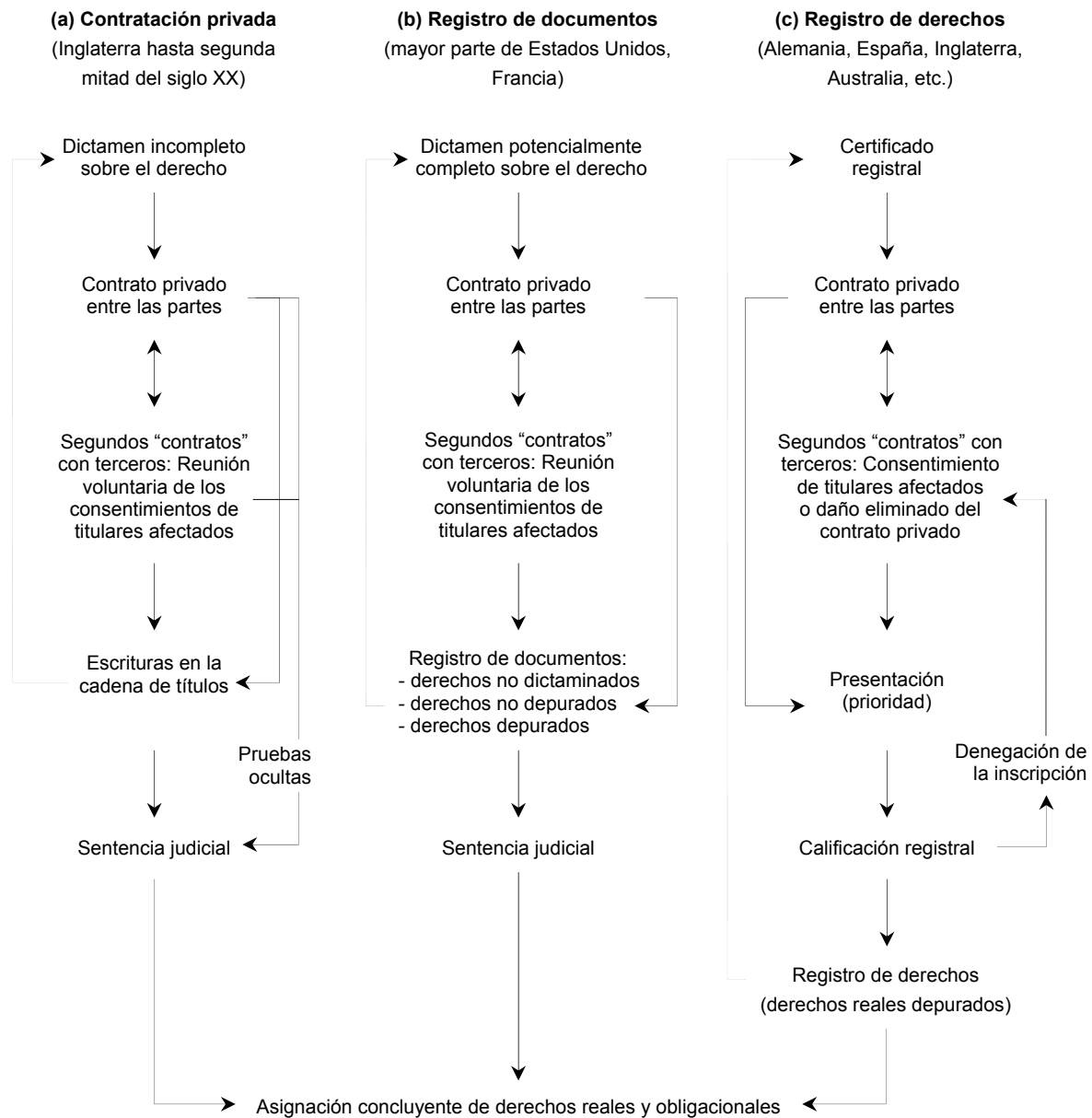
reales, mediante el depósito de los títulos formales con el acreedor¹⁷. No obstante, este sistema deja al deudor que constituyó la garantía y entregó los títulos a expensas del acreedor, y dificulta las segundas hipotecas sobre el mismo bien. (Es notable que, pese a todas estas desventajas, las transacciones sobre fincas no registradas experimentaron algunas de estas dificultades en Inglaterra hasta hace muy poco tiempo¹⁸).

Las tres partes de la Figura 1 representan en paralelo los procedimientos utilizados para transmitir derechos reales en los principales sistemas jurídicos. En todos ellos existen, o pueden existir, dos estadios contractuales: en primer lugar, el contrato privado entre las partes que celebran la transacción; en segundo lugar, los acuerdos entre todas o alguna de dichas partes —normalmente el transmitente— y aquellos terceros que ostentan derechos afectados por la transacción privada, acuerdos en virtud de los cuales dichos terceros consienten la referida transacción. Estos segundos “contratos” tienen distintos fundamentos en cada sistema (voluntarios en los sistemas de privacidad y de registro de documentos, obligatorios en los de registro de derechos), y utilizan información más o menos completa acerca de qué derechos se ven afectados y requieren el consentimiento de sus titulares. Esta información se procesa también de diferentes formas y por una variedad de agentes privados y públicos, que proporcionan diferentes servicios en el proceso contractual.

¹⁷ Las pruebas de esta práctica en Mesopotamia datan del segundo milenio antes de Cristo (Silver, 1995: 123-24).

¹⁸ Para la descripción de los procedimientos empleados en estas transacciones, véanse, por ejemplo, Bostick (1987: 75-76), HMLR (1996a: 1) y Sparkes (1999: 76-77 y 477). La concentración de la propiedad agrícola fue probablemente un factor importante para hacer este sistema viable a pesar de sus limitaciones (véase Pottage, 1998), en coherencia con dos hechos. En primer lugar, los nobles terratenientes y los abogados se opusieron con éxito a la introducción de la inscripción registral en el siglo XIX (Anderson, 1992). En segundo lugar, el registro de derechos fue introducido finalmente sólo de forma gradual y conforme a criterios geográficos, empezando por la ciudad de Londres en 1897.

Figura 1. Comparación de los sistemas de privacidad y de publicidad mediante registros de documentos y de derechos



Nota explicativa: Las líneas de puntos representan flujos informativos; las líneas continuas, decisiones alternativas por las partes del contrato privado respecto a la utilización o no de un dictamen sobre la calidad del derecho, la depuración privada voluntaria de derechos contradictorios y el eventual mantenimiento de evidencia oculta fuera de la cadena de títulos. Bajo los tres sistemas, las partes disfrutaban de diferente grado de discrecionalidad para estas decisiones.

La Parte (a) de la Figura muestra el proceso más típico en un régimen puro de privacidad. Comprensiblemente, bajo todo tipo de régimen jurídico, las partes intentan contratar sobre la base de las mismas pruebas que utilizan los tribunales para establecer quién es el titular de los derechos. En el sistema de privacidad, esto es imposible, sin embargo, porque los tribunales pueden reconocer, eventualmente, eficacia real a derechos que han permanecido ocultos. Por este motivo, las partes y sus asesores no disponen de toda la información pertinente. Por el contrario, tanto el dictamen sobre la calidad del título como, en consecuencia, la supresión de defectos y el ajuste de los términos del contrato se basan en la publicidad incompleta que ofrecen la posesión y la cadena de títulos del transmitente, así como en la información que pueda estar motivado a aportar el propio transmitente cuando asume el riesgo de evicción¹⁹.

Dado que la información es necesariamente incompleta, los adquirentes desconocen qué están adquiriendo realmente. De hecho, adquieren derechos reales sólo con carácter “residual”, junto con un derecho de crédito contra el transmitente, derecho de crédito que cubre la diferencia entre los derechos reales efectivamente transmitidos y los que el transmitente se hubiera comprometido a transmitir²⁰. Esta incertidumbre alcanza a toda clase de derechos y todos ellos tienen así un cierto carácter residual y están complementados por derechos obligacionales; su valor depende, por tanto, de la solvencia de los transmitentes y de la eficacia de cada sistema jurídico en cuanto a la ejecución de los derechos de crédito, dado que en alguna medida carecen de eficacia *in rem*.

En este sistema de privacidad, las partes y el legislador refuerzan los derechos de crédito para equilibrar la imposibilidad de crear derechos reales. En el ámbito privado, la efectividad de los derechos de crédito se refuerza añadiendo garantías de terceros a la del otorgante. En las sociedades primitivas, se solían incorporar tales garantías de forma implícita, al extenderse la responsabilidad por deudas a toda la familia del deudor²¹. No obstante, existían también algunas disposiciones explícitas con este fin. Por ejemplo, los testigos eran a menudo personalmente responsables con carácter subsidiario. De igual forma, solía ser habitual en Inglaterra contratar garantías por evicción a cargo de terceros, un precedente del moderno seguro de títulos. En el ámbito público, para fortalecer la eficacia de los derechos de crédito, muchas sociedades han recurrido hasta

¹⁹ Ya en la antigua Babilonia era habitual aumentar la seguridad de las transacciones incluyendo el equivalente a las modernas garantías de evicción (Silver, 1995: 124; Ellickson y Thorland, 1995: 383).

²⁰ La terminología puede conducir aquí a confusión, como consecuencia del uso de nombres específicos como “defectos” del título para aquellas colisiones de derechos que no cuestionan la propiedad. La presencia de nombres diferentes sugiere problemas diferentes. Ambos problemas resultan, sin embargo, idénticos, porque transforman el derecho afectado en un derecho obligacional, transformación que será total o parcial, dependiendo de la naturaleza del derecho oculto y contradictorio. Por ejemplo, un comprador puede perder todo su derecho real si aparece un propietario oculto, o sólo una parte de él si el derecho oculto consiste en una servidumbre o una hipoteca.

²¹ Históricamente, era corriente hacer responsable a toda la “casa” familiar por las deudas de sus miembros, para reforzar la ejecución de las obligaciones personales. (Véase, por ejemplo, el Artículo 9 del Código de Hammurabi en LeVmore, 1987: 51).

tiempos recientes a considerar la persona como objeto de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, llegando a menudo a emplearse la prisión y la esclavitud por deudas²². En algunos países, los niños continúan siendo utilizados como fianza y la esclavitud es todavía una consecuencia habitual de las deudas impagadas²³. Lo anterior contrasta con la tendencia de las sociedades más desarrolladas a aliviar la situación del deudor insolvente, aun cuando ello no implique necesariamente una relación causa-efecto²⁴. Además de estos reforzamientos de los derechos de crédito por las partes y el ordenamiento, es frecuente, por último, que para depurar los derechos se utilicen en mayor medida las resoluciones judiciales, dictadas en procedimientos similares pero menos seguros que el *quiet title suit* estadounidense²⁵.

El sistema de privacidad parece ineficiente y anticuado cuando se consideran sus defectos y el actual dominio de la publicidad. No obstante, este juicio tiene que matizarse, principalmente porque el valor neto de la publicidad puede depender de la capacidad para evitar tanto el oportunismo político como la “búsqueda de rentas”. En general, la publicidad tiende a hacer más fácil la eficacia de los derechos reales; pero también el ejercicio de las potestades públicas relacionadas con tales derechos (como,

²² Por ejemplo, en la antigua Roma, en donde se aplicó un régimen de privacidad a las transacciones inmobiliarias hasta los últimos siglos del Imperio, el Derecho confería facultades especiales a los acreedores para controlar la conducta de los deudores y dictaminaba daños y perjuicios dobles en caso de evicción (Jackson, 1908: xxii-xiii; Watson, 1984: 16). La prisión del deudor ha desaparecido ahora en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. No obstante, continúa existiendo alguna ejecución de índole penal, en la que los deudores pueden verse forzados a revelar sus bienes a través de una acción para cobrar la deuda, e incluso pueden ser encarcelados en caso de que se descubra que han cometido falso testimonio. (Véase, por ejemplo, una descripción del uso de la prisión por deudas en Bolivia, en Fleisig, Aguilar y de la Peña, 1997).

²³ Véanse, por ejemplo, Hoebel (1979: 107, 231) para las sociedades primitivas, Finley (1965) para la Grecia clásica y Roma, y Silver (1995) para Oriente Medio. “Slave Ships in the 21st century” (*The Economist*, 19 de abril de 2001) informa sobre la vigencia de prácticas de esclavitud por deudas en África Occidental.

²⁴ Quizás para motivar iniciativas de asunción de riesgos proporcionando alguna responsabilidad limitada a escala personal, o para evitar un señalamiento ineficaz, como han analizado Aghion y Hermalin (1990). Posner, Hynes y Malani (2001) proporcionan un análisis histórico y empírico de las leyes estadounidenses que regulan la quiebra de las personas físicas.

²⁵ Baste mencionar, como ejemplo, el papel de la *fine* en Inglaterra, un pleito simulado que permitía inscribir las transacciones en los libros del tribunal y las hacía obligatorias frente a todos tras transcurrir un cierto plazo. Se usó desde el siglo XII hasta 1833 (Kolbert y Mackay, 1977: 241). Se encuentran fórmulas similares en muy diferentes contextos históricos. Véase, por ejemplo, el análisis de un caso bíblico muy conocido en Ellickson y Thorland (1995: 385), o el uso de litigación amistosa en el Massachusetts colonial (Konig, 1974: 160-61). Estos procedimientos adolecen de inseguridad, sin embargo, porque dependen de las proclamaciones, una dependencia que resulta además inevitable por el carácter oculto de los derechos.

por ejemplo, la recaudación de impuestos)²⁶, lo que puede acarrear efectos sociales positivos o negativos según cuál sea la capacidad de los ciudadanos para controlar a su gobierno e impedir una imposición excesiva. Este efecto potencialmente negativo de la publicidad se analizará, aunque de forma breve, en las últimas secciones de este trabajo.

Además, se da la posibilidad de que existan buscadores de rentas que se aprovechen de aquellos que dan publicidad a sus intereses inmobiliarios, lo cual constituye un grave riesgo en países con baja seguridad general, en donde esa búsqueda de rentas puede incluir violencia física además de ventas fraudulentas o la persecución de ricas herederas por parte de solteros cazadores de dotes, un riesgo muy temido por los hacendados de la Inglaterra victoriana. El riesgo puede reducirse sin más que aplicar la política tradicional, aunque ahora algo pasada de moda²⁷, consistente en limitar el acceso a la publicidad a aquellos a quienes autorice el titular del derecho o tengan un interés legítimo a juicio del registro. No obstante, el acceso público también puede proporcionar beneficios. Por ejemplo, genera algún control adicional de la acumulación ilegítima de bienes, como se puso de manifiesto en algunos países en transición a la economía de mercado. Resulta dudoso, sin embargo, que para ello sea preciso el libre acceso de todos los ciudadanos, bastando en su lugar el de algunos agentes públicos, en condiciones convenientemente reguladas.

Por último, hay que tener en cuenta otros dos factores a la hora de comparar privacidad y publicidad. En primer lugar, el que, para superar las dificultades que aparecen con la privacidad, tiendan a consolidarse en ella con más fuerza monopolios ineficientes en la intervención de las transacciones privadas. En segundo lugar, conviene recordar que la transmisión privada de derechos no constituye una forma primitiva de asignar los recursos. Por el contrario, presupone la existencia de derechos privados e individuales, mientras que en las sociedades más antiguas reyes y dioses eran con frecuencia los propietarios de la mayor parte de la tierra, mientras que el pueblo disfrutaba derechos condicionales de uso que se adjudicaban desde arriba, en lugar de mediante el comercio²⁸, a menudo mediante la redistribución periódica de fincas y la cancelación de deudas²⁹, políticas de redistribución que son aún parte esencial de algunas políticas agrarias³⁰.

²⁶ Lo cual pone una vez más de manifiesto cómo el Estado puede potenciar los derechos de propiedad para maximizar sus propios intereses, como sugieren Davis y North (1971) y North y Thomas (1973).

²⁷ El contenido de los archivos públicos está totalmente abierto al público en 28 de los 42 países de los que se informa en UN-ECE (2000).

²⁸ Ha habido considerable debate entre historiadores acerca de la fortaleza de los derechos de propiedad en las sociedades antiguas. La negación de la existencia de derechos reales y mercados, ejemplificada por Polanyi (1944), dominante por un tiempo, parece haberse modificado desde entonces de forma sustancial, como consecuencia de un volumen considerable de investigación, como resume Silver (1995).

²⁹ Ambas prácticas estaban institucionalizadas en muchas tribus primitivas (Lowie, 1929: 221), el imperio inca (Espinoza, 1997: 185, 191-93), Israel (*Levítico*, capítulo 25) y en la Grecia clásica (Finley, 1953: 62-63). Ni siquiera está claro si la adjudicación de fincas en una ceremonia pública ante el *Shire of Hundreds* ("*folk-gemot*"), una práctica

2. La publicidad registral

En un régimen puro de privacidad, los costes de contratar derechos reales son, por muchos paliativos que se utilicen, de tal envergadura que, para reducirlos, la mayoría, si no la totalidad, de los sistemas jurídicos modernos han optado por limitar la libertad contractual en términos que se apartan sustancialmente de los estándares aplicados en otras ramas del derecho. En esencia, la limitación consiste en que se induce o exige la publicidad de los contratos o de los derechos, como requisito previo para que alcancen efectos reales. En consecuencia, si los titulares de derechos los mantienen ocultos, pierden o se arriesgan a perder efectos reales. Los contratos privados pueden crear obligaciones entre las partes, pero no obligan a terceros, esto es, a los restantes titulares de derechos sobre la misma cosa y, en especial, a los potenciales compradores y acreedores futuros. La publicidad permite así averiguar qué derechos reales existen e identificar cuáles se ven afectados por la transacción, de modo que se hace posible obtener el consentimiento *ex ante*, purgando en su caso posibles titularidades contradictorias; todo lo cual reduce las asimetrías de información entre las partes.

Las soluciones aplicadas varían sustancialmente, sin embargo, respecto al modo y momento en que se depuran las posibles contradicciones entre los derechos reales afectados mediante el consentimiento de sus titulares. Este segundo “contrato” de consentimientos puede celebrarse en el momento del contrato privado de transmisión, *ex ante*, o ser pospuesto de forma indefinida a algún momento futuro. Cuando se celebra *ex ante*, puede ser, o bien forzoso y universal o bien voluntario; si es voluntario, puede ser, a su vez, general o parcial. Los sistemas difieren igualmente en el contenido y efectos que atribuyen a la publicidad, que puede versar sobre los contratos o escrituras de las que resulten derechos o intereses potencialmente contradictorios, o bien sobre los propios derechos reales. Existe también una adaptación lógica de los mecanismos necesarios para dar publicidad, en cada circunstancia, del conjunto de derechos que cada ordenamiento legal reconoce como derechos reales y de las normas para adjudicarlos cuando existen disputas sobre su titularidad. Pese a esta considerable variedad, el análisis que se presenta en este trabajo permite dar sentido a la mayoría de tales

sajona común antes de la conquista normanda, era una forma de transmisión horizontal de la propiedad mediante la publicidad, como afirman Stein y Stone (1991: 1-2), o meramente señalaba la asignación de tierras desde arriba, como sostienen Kolbert y Mackay (1977: 238).

³⁰ Véanse, por ejemplo, el caso de Brasil en Alston, Libecap y Mueller (1999: 1-80). Este asunto tiene una gran importancia para crear instituciones eficaces en los países en vías de desarrollo. Por ejemplo, un registro perfecto no va a fomentar el uso de los bienes inmuebles como garantía del crédito si la toma de posesión después de una eventual insolvencia y ejecución hipotecaria resulta prácticamente imposible, como podría muy bien suceder en áreas con grupos sociales muy cohesionados. No obstante, episodios como la moratoria en la ejecución de hipotecas sobre fincas rústicas de los Estados Unidos, analizada por Alston (1984), muestra lo enraizados que están estos asuntos en relación con las fincas rurales, incluso en economías desarrolladas, en las que, además, la regulación medioambiental y de usos del suelo ha dado un nuevo giro al problema.

variaciones, tanto en los sistemas antiguos como en los modernos. Examinemos primeramente las formas primitivas de publicidad.

2.1. Antiguas formas de publicidad

Quizá la forma más sencilla de dar publicidad a los derechos sea la de marcar los bienes. Además, la naturaleza simbólica del marcado hace esta vía especialmente adecuada para derechos abstractos, como son la propiedad y la hipoteca. Esto explica por qué el marcado se ha utilizado ampliamente para hacer valer la propiedad a falta de posesión, especialmente en bienes muebles valiosos, como el ganado, los automóviles, los libros e incluso los cónyuges (los anillos de boda son sólo un pálido vestigio de la variedad de mecanismos empleados tradicionalmente para hacer publicidad del estado matrimonial). Aún más revelador es el uso de marcas para dar a conocer derechos de garantía sobre fincas. En la Atenas clásica, se colocaba en la propia finca una estela de piedra, conocida como *horos*³¹, piedra que sólo se retiraba tras levantarse el gravamen. Estos *horoi* contenían los datos esenciales del gravamen: siempre, la naturaleza del *horos* como garantía y, más a menudo, aunque no siempre, la existencia de un acuerdo escrito, el nombre del acreedor y el importe de la deuda. En algunos casos, también se añadía el nombre de la persona que guardaba el documento de la transacción, supuestamente para hacer posible que los terceros obtuviesen más información. Este sistema fue uno de los primeros en hacer posible una *hypoteca*, a saber, la sujeción de un inmueble como garantía sin transmitir temporalmente la propiedad ni la posesión al acreedor.

Otro medio sencillo de proporcionar publicidad es el de usar procedimientos contractuales notorios. Es bien conocido que, a partir de 1066, las transmisiones de inmuebles siguieron en Inglaterra la práctica continental de transmitir la posesión a través de un ritual conocido como *livery of seisin*. En esencia, el transmitente entregaba al adquirente un terrón, una rama o una llave, y decía en voz alta que estaba transmitiendo la finca. Algunas características de esta ceremonia respaldan la idea de que tenía una función de publicidad. En primer lugar, se celebraba en la finca o mirando hacia ella. En segundo lugar, se exigían numerosos testigos, quienes originariamente debían ser titulares de derechos sobre fincas vecinas. Por último, el hecho de que hasta el *Statute of Uses* de 1535 los particulares prefiriesen contratar “usos” para evitar la *livery of seisin*, evitando así el pago de impuestos, demuestra que la *livery of seisin* ponía la transacción en conocimiento de los recaudadores. Ciertamente es que este elemento de publicidad se diluyó con el tiempo, a medida que la entrega de escrituras sustituyó a la entrega de la propia finca (Kolbert y Mackay, 1977: 238-39) y, además, ya no se requerían vecinos, sino testigos dignos de crédito³². Desde luego, una función más o menos complementaria de cualquier ceremonia contractual es la de servir de prueba a las propias partes; y la exigencia de testigos parece adecuada para esta finalidad. Pero la

³¹ Véase Finley (1952). La colocación de carteles se empleaba aún recientemente para reclamar terrenos en el Lejano Oeste de los Estados Unidos (Anderson y Hill, 2002).

³² Según Blackstone (1765-69: 315-16).

función probatoria no se contradice con la publicitaria³³, cuya presencia es incluso más clara en las prácticas seguidas en otras regiones de Europa, en donde las leyes disponían complicados procedimientos de publicidad “ante iglesias” y “a las puertas de las murallas” para fincas rústicas y urbanas, respectivamente, así como algún tipo de inscripción judicial³⁴. La exigencia de que se efectuasen proclamaciones repetidas anunciando la intención de contratar y la existencia de un período de espera para que el contrato alcanzase efectos reales no pueden explicarse sólo como medios para proporcionar prueba, sino que ambas prácticas parecen orientadas a dar publicidad y depurar títulos, de forma parecida al contrato de matrimonio que se desarrolló en la misma época y a los procedimientos de “purga” judicial que aparecieron más tarde³⁵.

La teoría encaja con la evolución histórica, dado que la eficacia de estas antiguas técnicas para alcanzar el consentimiento y depurar los derechos reales es mayor cuando las transacciones tienen lugar entre vecinos, como era corriente en las sociedades rurales. Para los vecinos, era fácil enterarse de los anuncios y transacciones públicas, o controlar los *horoi* (éstos resultaban muy visibles por el reducido tamaño de las fincas), especialmente para los tipos de derechos habituales en las sociedades rurales, muchos de los cuales eran de familiares. El argumento también es coherente con los cambios ya mencionados en la *livery of seisin* y se ve confirmado por los diferentes efectos de la publicidad “ante iglesias”, que era inmediata para quienes se encontraban presentes, pero se solía aplazar un año y un día para los ausentes. También en este contexto, como en muchos otros³⁶, las transacciones entre extraños exigían diferentes instituciones de apoyo. Tampoco es casual, por último, que fuesen las ciudades más comerciales de la Edad Media las primeras en adoptar sistemas registrales eficaces (el caso de las ciudades hanseáticas alemanas de Hamburgo y Bremen), o en exigirlos a sus monarcas, como sucedió en los reinos españoles³⁷.

³³ Las pruebas de que se dispone acerca de las transacciones de fincas en Babilonia pueden interpretarse de forma similar. Ha habido controversias con respecto a si los “vendedores secundarios” presentes en las mismas eran realmente vendedores o meros testigos (Silver, 1995: 122-27]). Una interpretación intermedia parece más verosímil: aun cuando no fueran vendedores en sentido estricto, podían haber sido titulares de derechos afectados. Su presencia en la transacción serviría así para asegurar que estaban enterados y que prestaban su consentimiento. Este tipo de práctica podría también estar relacionada con la costumbre, observada en algunas tribus primitivas, de pagar a diversos participantes que, quizá erróneamente, se han considerado a veces como meros testigos (Diamond, 1975: 259).

³⁴ Véanse, para Francia, Patault (1989: 205-208) y, para algunas ciudades hanseáticas alemanas y diversos reinos españoles, Oliver (1892).

³⁵ Ellickson y Thorland (1995: 383-84) resumen las pruebas históricas relativas a formas similares de publicidad en las sociedades antiguas de Oriente Medio, hacia el año 2500 a. C.

³⁶ North (1990) destaca la diferencia entre las transacciones dentro de un grupo de vecinos y entre contratantes desconocidos y anónimos.

³⁷ Además de los registros señoriales que se llevaban en el Medioevo, el principal precedente del moderno registro de derechos es la antigua institución alemana de la

2.2. Registro de documentos

En su forma actual, los registros de documentos han sido utilizados desde el siglo XIX en la mayoría de los Estados Unidos, parte de Canadá, Francia, y algunos otros países, la mayor parte de ellos de tradición jurídica francesa³⁸. Estos registros contabilizan y conservan los contratos privados (escrituras o *deeds*) para proporcionar pruebas documentales de la titularidad, pruebas que son empleadas a posteriori por los tribunales para adjudicar derechos reales en caso de litigio. Además, los tribunales aplican en dicha adjudicación una “regla de prioridad” atípica, pues, a la hora de decidir un pleito, conceden las reivindicaciones en función de la fecha de incorporación del documento al registro, y no de la fecha del propio documento³⁹.

Esta regla de prioridad registral estimula a las partes a apresurarse a depositar el título en el registro, por miedo a perder su titularidad⁴⁰: si una segunda venta entrara

Auflassung, en la que los documentos relativos a la transmisión eran presentados y examinados por la corporación municipal y más tarde por el juzgado antes de ser inscritos en un registro territorial. No obstante, los indicios de inscripciones registrales de fincas por parte de palacios y templos datan del tercer milenio a. C. en Babilonia (Silver, 1995: 126-27), y es sabido que el Estado mantenía un registro de tierras en Egipto ya desde el año 2350 a. C. (Powelson, 1988: 17). Es objeto de discusión, sin embargo, la importancia relativa de los papeles desempeñados por estos registros en cuanto a la distribución de la tierra, su transmisión privada y su gravamen con impuestos.

³⁸ Entre las principales tentativas se encuentran el *Statute of Enrollments*, dictado por Enrique VIII en 1535, pero nunca puesto en vigor, y la *Recording Act* de Massachusetts, de 1640.

³⁹ Este cambio en la regla de prioridad parece necesario para forzar a que todas las transacciones se registren. De hecho, la inscripción registral incompleta hizo inútiles los primeros sistemas de registro. Sucedió así, por ejemplo, con el *Register of Sasines* escocés entre 1503 y 1693 (Kolbert y Mackay, 1977: 280-84), con la *Conservation des Hypothèques* francesa entre 1798 y 1855 (Weill, 1979: 547-52) y con las Contadurías de Hipotecas españolas entre 1768 y 1861 (Oliver, 1892; Pardo, 1993). Aunque constituye una condición necesaria, la prioridad puede no resultar, sin embargo, suficiente. Por ejemplo, se ha interpretado que el *Statute of Enrollments* y la *Recording Act* de Massachusetts de 1640 establecían una norma de prioridad clara, basada en la fecha de inscripción, que era similar a los actuales *race statutes* vigentes en algunos estados norteamericanos (Rose, 1988: 586-87). El uso de la regla de prioridad en aquellas antiguas leyes es discutible, no obstante, ya que el *Statute of Enrollments* nunca fue puesto en vigor; mientras que en Massachusetts, desde 1648, sólo se exigió registrar la escritura cuando el otorgante continuaba ostentando la posesión y, además, el medio principal para asegurar el título era el ejercicio de acciones judiciales (Konig, 1974: 147-64).

⁴⁰ Obsérvese que esta motivación no se basa en las ventajas de información o prevención que ostenta el primer adquirente. Cfr., por ejemplo, con el argumento de Ellickson y Thorland (1995: 386, n. 378), quienes sostienen que “[el predominio de los adquirentes de buena fe sobre reivindicaciones anteriores ocultas] es eficaz porque la

antes en el registro, adquiriría prioridad sobre la primera, la cual perdería su derecho real. Como consecuencia de este interés en registrar cuanto antes, todas las pruebas relacionadas con los derechos reales son de acceso público mediante la consulta del registro⁴¹, ya que, desde el punto de vista de los terceros, los únicos títulos relevantes son los depositados en el registro y éste es, en principio, completo (Parte [b] de la Figura 1)⁴². Pueden existir contratos que no estén depositados en el registro y pueden tener efectos entre las partes que los contrataron, pero carecen de efectos frente a terceros.

En estas condiciones, ya es posible producir una buena información acerca de la calidad de los títulos, contratando a un experto que examine todos los documentos relevantes (aquellos que han sido presentados en el registro) y no sólo aquellos que conforman la cadena de títulos del transmitente. Por ello, si existe suficiente demanda de tales dictámenes, se desarrolla todo un sector de actividad profesional para prestar estos servicios de asesoramiento. Dicha actividad adopta distintas formas, como los notarios en Francia y los elaboradores de “extractos” de títulos, abogados, agentes aseguradores y compañías aseguradoras de títulos en los Estados Unidos⁴³. Estos dictámenes sobre la titularidad reducen sustancialmente la asimetría de información entre las partes y permiten que los defectos de cualquier clase en el título puedan eliminarse antes de contratar, obteniendo el consentimiento de los terceros afectados. Si tales defectos no se eliminan, el adquirente renunciará a la transacción; o insistirá en modificar el contenido del contrato privado, reduciendo el precio o incluyendo garantías adicionales, para el caso de posible supervivencia de derechos reales contradictorios con los que le pretendieron transmitir en el contrato preliminar.

parte que adquiere en primer lugar un derecho tiene mucha mejor información y capacidad para impedir una doble venta que un posterior comprador a título oneroso”.

⁴¹ En la mayor parte de los ordenamientos, también es necesario inspeccionar el inmueble, para así tener conocimiento de la posesión física. Esta inspección proporciona conocimiento real de la existencia de una reivindicación o de un derecho. La regla de prioridad también varía sustancialmente y está sujeta normalmente a la buena fe o viene matizada por el conocimiento del comprador. Véanse, al respecto, Baird y Jackson (1984) y Epstein (1987: 7-19). En el presente trabajo, estas fuentes de acreditación complementarias se orillan, con el fin de centrarnos en el papel los registros públicos. Además de hacer el problema más tratable, existe otro motivo importante para esta abstracción: la mayor parte de los derechos no registrados que ostentan los individuos son observables y proporcionan, por su propia naturaleza, información con la que es relativamente fácil depurarlos *ex ante*.

⁴² Esta condición ideal de que el registro público sea completo dista a menudo de alcanzarse en la realidad, debido a toda clase de problemas organizativos y jurídicos. Véanse, por ejemplo, Cross (1957) o Straw (1967) en relación con los problemas típicos de los registros de documentos de los Estados Unidos.

⁴³ Para fomentar la diligencia y la innovación tecnológica, y para diversificar los riesgos subsistentes, tiende a aplicarse a esta actividad un estándar de responsabilidad objetiva, cuyo exponente más claro es el “seguro del título” estadounidense. Arruñada (2002) compara el papel del seguro de títulos en sistemas con registro de documentos y con registro de derechos.

Para eliminar los defectos del título, se emplean tanto procedimientos contractuales como judiciales. Comparado con el sistema de privacidad, el de registro de documentos ofrece más posibilidades para eliminar defectos, porque éstos son mejor conocidos por compradores y aseguradores. Una mejor identificación de los titulares también hace que sean más seguros los procedimientos judiciales que pueden introducirse para reducir los costes de negociación en los casos más complicados. Estos procedimientos perviven hoy en la purga judicial que se emplea en Francia y en el *quiet title suit* de los Estados Unidos. La existencia de esta posibilidad de purga judicial estimula a los afectados, por lo demás, a alcanzar acuerdos privados (véase Cabrillac y Mouly [1997: 732-40]).

Pese a los incentivos privados para depurar los derechos *ex ante*, el registro de documentos *puede* publicar, sin embargo, pruebas de derechos potencialmente contradictorios, ya que este tipo de registro está obligado por ley a aceptar todas las escrituras que respeten determinados requisitos formales, sea cual sea el grado de adecuación de su contenido a la ley⁴⁴. Por este motivo, el registro puede contener tres clases de escrituras. En primer lugar, las que resulten de transacciones privadas hechas sin examen previo de los posibles defectos de titularidad. En segundo lugar, las otorgadas después de un examen, pero sin haber eliminado los defectos. Finalmente, las que definen derechos reales depurados y no contradictorios. Los expertos que examinan los títulos de los derechos que concurren sobre una finca desconocen a priori cuáles de estas clases de escrituras están archivadas. Por ello, han de examinar para cada nueva transacción todas las escrituras que se refieran a aquella finca, lo que resulta muy costoso. Este coste puede, no obstante, reducirse mediante una adecuada organización del archivo, lo que explica las medidas adoptadas en 1955 para crear un fichero de fincas, el *fichier immobilier*, en el registro francés y prohibir la entrada de un título si el título del otorgante no ha sido inscrito previamente. También para reducir costes, donde los registros públicos están mal organizados, ha sido rentable crear bases de datos privadas (las “fábricas de títulos” o *title plants* de los Estados Unidos) que replican los archivos públicos de una forma más completa, fiable y accesible. Las mejoras fundamentales que introducen estas *title plants* son los índices de fincas, que permiten localizar toda la información correspondiente a cada finca de forma rápida y segura, así como la incorporación diaria a la *title plant* de todos los nuevos datos con alguna relevancia en términos de derechos reales. La informatización de los archivos públicos, que facilita la búsqueda exhaustiva de información para cada finca, puede reducir en el futuro, sin embargo, esta dependencia de los índices de fincas y la transferencia diaria de datos.

Nuestro análisis es coherente con las dos principales características del Derecho que se aplica en países con registro de documentos: la adjudicación de los derechos reales mediante una “regla de propiedad” y la mayor libertad de los contratantes para estructurar a su gusto los derechos reales.

En primer lugar, los litigios sobre la titularidad se resuelven aplicando una regla de propiedad, de modo que, si se demuestra que el derecho del vendedor es defectuoso, el comprador pierde el derecho real en beneficio del auténtico propietario. El comprador termina entonces con un derecho de crédito frente al vendedor y frente a quienes,

⁴⁴ Por ejemplo, los artículos 27201 del *California Government Code*, 291 de la *Real Property Law* de Nueva York y 2146-56 del *Code Civil* francés.

eventualmente, hayan podido dictaminar o asegurar el título. Este hecho mueve a los compradores e, indirectamente, a todas las partes del contrato privado a obtener información y conseguir *ex ante* el consentimiento de quienes ostenten derechos afectados por el contrato. Los especialistas, como sucede con los aseguradores de títulos estadounidenses y los notarios franceses, desempeñan en esa búsqueda de información un papel esencial, principalmente a la hora de eliminar —que no meramente repartir— riesgos. La función de eliminación de riesgos de estos especialistas se muestra con claridad en las cifras básicas del sector estadounidense del mal llamado “seguro” de títulos. El bajo porcentaje que representan las indemnizaciones sobre los ingresos (tan sólo el 7,9 por ciento entre 1980 y 1994) da una idea fiel de lo pequeña que es su función de seguro actuarial respecto a la de detección y evitación de riesgos⁴⁵.

En segundo lugar, nuestro argumento predice que en el registro de documentos la eficacia real de los derechos estará, comparativamente, menos limitada por el sistema jurídico; es decir, que las partes serán relativamente más libres para definir los derechos reales. En términos utilizados con más frecuencia en el ámbito del Derecho Civil continental, no existirá o será mucho mayor el *numerus clausus* de derechos reales⁴⁶. Esta mayor libertad cobra todo el sentido cuando se tiene en cuenta que el derecho definido como real sólo tiene tal carácter en la medida en que no entre en conflicto con otros derechos, y tales conflictos sólo se resolverán más tarde, si es que se resuelven. El modelo econométrico que se recoge en las primeras cuatro columnas de la Tabla 1, basado en datos estadísticos internacionales, confirma esta hipótesis y demuestra que el número estimado de derechos reales (esto es, la variable *Número de derechos reales*) es significativamente mayor en los países con registro de documentos que en aquellos

⁴⁵ Para una explicación de los costes de transacción del seguro de títulos, véanse Arruñada (2001a, 2002, 2004). Cfr. Baker *et al.*, que toman las primas del seguro de títulos como una representación del riesgo *ex post*, en la esperanza de “capturar el coste esperado de un defecto, igual a la probabilidad de que se produzca un error en el registro del título multiplicado por el coste de reparar el defecto” (2002: 13).

⁴⁶ Acerca del fundamento de este principio y de su importancia, incluso en los ordenamientos cuya tradición se basa en el Derecho Común inglés, véanse: Heller (1999), quien señala el papel que desempeña en la resolución del problema que generan los *anticommons* (el que surge cuando proliferan los titulares con derecho a impedir las transacciones); Merrill y Smith (2000), quienes argumentan que sirve para reducir los costes de información en las transmisiones; y Hansmann y Kraakman (2002), que hacen hincapié en los costes de verificabilidad a que se enfrentan los adquirentes. Estos argumentos olvidan, no obstante, el hecho de que es preciso un sistema de *numerus clausus* para controlar los costes de organización del consentimiento de quienes ostentan derechos potencialmente afectados. Los costes de información y, en particular, los costes de verificación son sólo una parte de los costes del consentimiento. El núcleo del problema de los derechos reales es, sin embargo, la relación entre los vendedores y adquirentes, por un lado, y los titulares de derechos afectados, por otro. Una atención excesiva a la verificación lleva a Hansmann y Kraakman, en particular, a subestimar los mayores costes de consentimiento que acarrea el que las partes puedan multiplicar libremente el tipo y número de derechos individuales, una vez que se ha establecido un sistema de verificación.

otros con registro de derechos (representadas cada una de ellas por las variables con iguales nombres que los de sus registros). El modelo muestra también que el número de derechos reales disminuye con la eficacia legal del registro público (representada esta eficacia por la variable *Efectos del registro*)⁴⁷.

Mediante variables binarias estos modelos también consideran las consecuencias de los diferentes orígenes del sistema jurídico de cada país, distinguiendo entre los basados en el Derecho Común inglés, los sistemas continentales de Derecho Civil, y los creados en las antiguas economías socialistas; y separando, dentro del Derecho Civil, los tres tipos (francés, alemán y escandinavo) identificados por La Porta *et al.* (1999). Interesa observar que el número de derechos reales se ve poco afectado por el origen histórico del Derecho general de cada país, dado que este origen histórico sólo tiene una influencia estadísticamente significativa en los países de pasado socialista y, esta

⁴⁷ Los datos proceden de una encuesta internacional elaborada por UN-ECE (2000) y contestada por funcionarios de alta graduación responsables de los registros de la propiedad y catastros. Existen datos utilizables para 42 de los 43 países examinados: Albania, Alberta, Alemania, Armenia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, República Checa, Chipre, Columbia Británica, Croacia, Dinamarca, Escocia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Inglaterra y País de Gales, Irlanda, Irlanda del Norte, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Manitoba, Moldavia, Noruega, Ontario, Polonia, Isla del Príncipe Eduardo, Rumania, Rusia, Saskatchewan, Suecia, Suiza y Turquía. La definición precisa de las variables es la que sigue: La variable dependiente, *Número de derechos reales*, es el número estimado de derechos reales registrables que se reconocen en cada país, obtenido al combinar las respuestas a las preguntas 15 (“¿Qué formas de tenencia inmuebles son objeto de inscripción registral (por ejemplo, absoluta, provisional, dominio absoluto, arrendamiento, tenencias, propiedades compartidas, etc.)?”) y 17 (“¿Qué derechos distintos del de propiedad (por ejemplo, hipotecas) deben ser inscritos para garantizar que tal derecho tenga un reconocimiento jurídico?”) de la encuesta de UN-ECE (2000). El problema de las diferencias de detalle en las respuestas a estas preguntas se solucionó homogeneizando las pocas respuestas que pecaban de exceso de detalle y suponiendo un número de 40 derechos para aquellos países que informaban que podían presentarse todos los documentos relacionados con inmuebles o cualquier derecho real. Ni los ajustes ni el supuesto alteran sustancialmente los resultados. La variable independiente *Registro de documentos* es una variable binaria que toma el valor uno para aquellos países con registro de documentos. Está calculada a partir de las respuestas a la pregunta 13 de la encuesta, que dice lo siguiente: “¿Se basa el sistema de registro solamente en la retención y presentación a registro de documentos indexados (un registro de documentos) o existe una calificación considerada de los documentos y el otorgamiento de un “título garantizado” sobre inmuebles por parte del Registro?” De igual forma, la variable *Efectos del registro* toma el valor uno para aquellos ordenamientos en los que el registro confiere estatus legal a los derechos. Se ha computado a partir de las respuestas a la pregunta 8 del cuestionario, que indagaba si “el acto de registro [que, en nuestros términos, incluye tanto el registro de documentos como el registro de derechos] confiere estatus legal a los derechos sobre los inmuebles”. El origen legal de los distintos ordenamientos está tomado directamente de La Porta *et al.* (1999).

influencia posiblemente se deba al subdesarrollo de sus sistemas jurídicos. Por el contrario, el que el Derecho de un país tenga su origen en el Derecho Común o en el Derecho Civil, así como sus raíces nacionales, dentro de los de Derecho Civil, no presenta significación estadística alguna. De forma similar, el que un sistema jurídico tenga su origen en el Derecho Civil o en el Derecho Común carece de poder explicativo para la elección de sistema registral (columnas 5 y 6). No obstante, sus raíces dentro del Derecho Civil sí son significativas, dado que los de raíz alemana tienden a optar por el registro de derechos⁴⁸, mientras que aquellos de influencia francesa muestran una proclividad pequeña, aunque significativa, hacia el registro de documentos. Estos resultados guardan total coherencia con la idea que se expuso en la Introducción y confirman que los sistemas registrales están poco relacionados con la tradición jurídica de cada país. El principal motivo parece ser que el *numerus clausus* y el registro de derechos de estilo germánico han sido adoptados en muchos países cuya principal tradición jurídica no es alemana, sino de Derecho Común (Inglaterra, por ejemplo), así como en otros que fueron influidos por el Derecho francés (el caso de España)⁴⁹.

⁴⁸ En la muestra, todos los países con Derecho de inspiración germánica tienen registro de derechos. La seguridad sobre esta correspondencia está limitada, sin embargo, a la muestra, ya que es probable que los “ceros” que se observan como consecuencia de que ningún país con origen germánico tenga registro de documentos sean “ceros de muestreo” y no “ceros estructurales” (Hosmer y Lemeshow, 2000: 135-40).

⁴⁹ También se estimó la posible influencia de que se emplee o no un índice de fincas, pero esta variable carece de significación estadística.

Tabla 1. Número de derechos reales registrables en 42 países

<i>Variables independientes</i>	<i>Variables dependientes</i>					
	<i>Número de derechos reales</i>				<i>Registro de documentos = 1</i>	
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
<i>Registro de documentos = 1</i>	13,387*** (2,641)	11,412*** (2,474)	11,945*** (2,485)	10,525*** (2,569)		
<i>Efectos del registro</i>		-13,205*** (4,223)	-11,310** (4,199)	-9,385** (4,226)		
<i>Origen jurídico</i> (categoría omitida: <i>Derecho Común inglés</i>):						
- <i>Derecho civil</i> :			-0,921 (2,680)		1,017 (0,619)	
<i>Derecho francés =1</i>				2,931 (3,326)		1,654** (0,696)
<i>Derecho alemán =1</i>				-2,978 (4,233)		
<i>Derecho escandinavo =1</i>				-4,350 (3,526)		0,494 (0,830)
- <i>Derecho socialista =1</i>			-5,059* (2,705)	-4,984* (2,646)	0,712 (0,634)	0,712 (0,634)
Constante	7,613*** (1,352)	20,392*** (4,266)	20,651*** (4,364)	19,029*** (4,349)	-1,335** (0,530)	-1,335** (0,530)
Observaciones	42	42	42	42	42	39
R^2 ^a	0,39	0,51	0,56	0,61	0,06	0,14
<i>Tests de Wald:</i>						
<i>Derecho Civil = Derecho socialista</i> <i>Prob > F</i> ^a			2,89 0,0976		0,42 0,5190	
<i>Derecho francés = Derecho alemán</i> <i>Prob > F</i>				1,57 0,2191		
<i>Derecho francés = Derecho escandinavo</i> <i>Prob > F</i> ^a				3,42 0,0730		2,20 0,1380
<i>Derecho francés = Derecho socialista</i> <i>Prob > F</i> ^a				6,49 0,0154		2,73 0,0984
<i>Derecho alemán = Derecho escandinavo</i> <i>Prob > F</i>				0,08 0,7745		
<i>Derecho alemán = Derecho socialista</i> <i>Prob > F</i>				0,23 0,6315		
<i>Derecho escandinavo = Derecho socialista</i> <i>Prob > F</i> ^a				0,04 0,8505		0,09 0,7637

Notas: Modelos (1) a (4), mínimos cuadrados ordinarios; (5) y (6), regresión probit. Errores estándar entre paréntesis. *, **, *** Significativo al 10, 5 y 1%. ^a $Pseudo R^2$ y $Prob > Chi^2$ en modelos (5) y (6).

2.3. Registro de derechos

Los registros de derechos contienen información referida a los propios derechos^b, y no meramente a los títulos formales en que éstos se apoyan, por lo cual requieren una depuración exhaustiva de los derechos reales antes de su inscripción. Creados dentro de la tradición jurídica germánica, la mayor parte de los registros de derechos fueron desarrollados durante el siglo XIX (Prusia, 1783, Austria, 1794; España, 1861; Australia, 1875; Alemania, 1900) y en la actualidad se utilizan en la mayor parte del mundo, incluida la variedad “Torrens”, de origen australiano, que ha sido introducida en algunos otros ordenamientos herederos del Derecho Común inglés. Es también el sistema adoptado por la mayoría de los países en transición al capitalismo y en vías de desarrollo.

Los registros de derechos aplican también la regla de prioridad registral. Como sucede en el registro de documentos, los contratos privados adquieren prioridad cuando son “presentados” por primera vez al registro. A continuación, los contratos son, sin embargo, objeto de una revisión exhaustiva y “calificación” por del registrador⁵⁰, con el fin de detectar cualquier conflicto potencial que pueda perjudicar otros derechos reales (Parte [c] de la Figura 1)^c. A partir de este punto, los sistemas divergen según la

^b Esta denominación de “registro de derechos” parece más precisa que la también empleada a menudo de “registro de títulos”. El motivo es que evita la anfibología derivada del uso del término “título” para designar tanto el documento como la causa del derecho e, incluso, el propio derecho. Ciertamente es, no obstante, que sólo cabe aplicarla con toda propiedad a registros de derechos abstractos, como el alemán. Además, para mayor confusión, en algunos países, como los Estados Unidos, se habla a menudo de *title registration* para lo que aquí denominamos “registro de derechos”.

⁵⁰ En algunos países del Norte de Europa, los topógrafos desempeñan también un papel similar con respecto a derechos que tienen una dimensión física, como por ejemplo, los relacionados con linderos).

^c Las causas posibles de que un derecho se vea perjudicado son tan diversas como los propios derechos reales y sus atributos esenciales. Como consecuencia, el registrador ha de enjuiciar tres dimensiones del acto que se pretende inscribir, relativas al quién y al qué, tanto en el plano material como jurídico, de las transacciones. El registrador enjuiciará, así: (a) si la titularidad del otorgante es suficiente; (b) si el objeto físico de la transacción no invade bienes ajenos; y (c) si el negocio no perjudica otros derechos reales. Para ilustrar el contenido de este examen registral, basta mencionar algunos ejemplos comunes, que afectan a estos tres tipos de juicios (de la titularidad, de la extensión física y de la extensión jurídica): (a) *Titularidad*. El registrador (y, en su caso, los *solicitors*, *conveyancers* y notarios) velan porque el transmitente sea el titular verdadero y tenga capacidad suficiente. Por ejemplo, deben negarse a intervenir y, llegado el caso, denegar la inscripción de una compraventa si el propietario carece de capacidad para vender sin el consentimiento de su cónyuge, ya sea por tratarse de bienes gananciales o por tratarse de vivienda familiar habitual, aunque el régimen matrimonial sea de separación de bienes. (Obsérvese que, según cuál sea el régimen matrimonial, difiere la naturaleza jurídica del derecho afectado [propiedad, carga], pero no su tratamiento registral, como corresponde al hecho de que se trata de un derecho real). (b)

intensidad con que la ley determine el número y contenido de los derechos reales y, en consecuencia, reduzca más o menos la libertad de las partes y la extensión del juicio calificador del registrador. Cuando los derechos reales son definidos por ley de forma detallada, con una aplicación más estricta del principio de *numerus clausus*, la colisión entre derechos es menos probable y las partes afectadas son identificadas más fácilmente por el registrador cuando éste comprueba que las partes del contrato cuentan con los consentimientos de todos los terceros afectados. Así es como funciona el *Grundbuch* alemán. Inversamente, cuando la ley permite que en el contrato privado se determine más libremente el contenido de los derechos reales, la colisión es más probable y resulta más difícil para el registrador identificar quiénes son los terceros afectados. El Registro de la Propiedad español, por ejemplo, trabaja de esta forma. La solución alemana es más sencilla pero más rígida, mientras que su alternativa exige mejores incentivos y cualificación de los registradores, de acuerdo con el mayor alcance y extensión de su juicio calificador. Al simplificar la labor del registrador, un *numerus clausus* más estricto sirve por ello, de forma indirecta, para proteger a los titulares de derechos cuya pérdida podría producirse por causa de errores en la calificación registral y como consecuencia de la fuerte eficacia que genera la inscripción en el registro de derechos.

En todo caso, los derechos únicamente se inscriben cuando el registrador determina, que quienes ostentan derechos afectados han prestado su consentimiento y que no se ve afectado ningún otro derecho real^d. De otra forma, la inscripción registral se deniega y

Extensión física. El registro busca proteger la integridad física de los derechos, impidiendo que se vean dañados por los contratos sobre fincas vecinas. El ejemplo típico es el de la compraventa de una finca en la que se definen erróneamente sus linderos, invadiendo propiedades vecinas. (c) *Extensión jurídica.* Por último, el registrador ha de cuidar que la pretendida transformación o transmisión de derechos no perjudique los derechos reales preexistentes. Por ejemplo, rechazará la inscripción o solicitará el consentimiento expreso de los afectados en casos como los siguientes: cuando en la contratación de una hipoteca se le otorga un rango superior al de hipotecas preexistentes; cuando, al declarar una obra nueva para construir un edificio, se modifican las servidumbres de paso de la finca sobre la que se pretende construir; cuando, al dividir un piso, se puede perjudicar a los demás propietarios del edificio; o cuando, al vender una vivienda de protección oficial, se esté violando la prohibición de disponer de la misma durante un cierto número de años.

^d Se desprenden dos tipos de consecuencias, para los derechos depurados y para los inscritos. Por un lado, la depuración que resulta de la inscripción registral elimina toda virtualidad real que pudieran albergar los derechos depurados, que pasan a ser meramente obligacionales. En el futuro, los afectados podrán, en su caso y según la organización de cada sistema, demandar a los causantes, al registrador, a su seguro de responsabilidad, al fondo de garantía del registro o al Estado, por los daños que les haya podido ocasionar dicha transformación, pero no podrán hacer valer su derecho sobre la finca. Por otro lado, todo derecho inscrito es perfectamente seguro, al haber sido eliminada toda posible carga. En virtud del llamado “principio del telón”, el tercero de buena fe que adquiera un derecho inscrito queda a salvo de los derechos de los demás titulares (por ejemplo, de las posibles acciones de nulidad y falsedad que éstos pudieran instar contra transmisiones previas).

las partes tienen que reestructurar su contrato u obtener los consentimientos correspondientes^e. Como consecuencia, la información contenida en el registro se simplifica por la depuración de derechos realizada. Los derechos definidos en cada nuevo contrato se inscriben junto con todos los derechos preexistentes y que subsisten sobre la misma finca, mientras que los derechos extinguidos son eliminados o cancelados, lo que hace muy sencillo el acceso a la información registral. Para que el sistema funcione, es necesaria tanto la identificación eficaz de cada finca como la llevanza de un índice de fincas, que permita localizar todos los derechos vigentes sobre cada una de ellas. Además, se inscribe el derecho con la fecha en que se produjo la presentación del contrato privado. Por este motivo, el registro de derechos puede ser considerado como un doble registro: por un lado, como un registro de documentos organizado a través del “libro diario” o de “presentación” de documentos y operaciones; y, por otro lado, como un registro definitivo de los derechos representados en el “libro de inscripciones”.

Este análisis concuerda también con las dos principales características del registro de derechos: el uso de una “regla de responsabilidad” para resolver los litigios sobre la titularidad y la configuración legal de un conjunto más limitado de derechos como derechos de naturaleza real.

En primer lugar, dado que cualquier contradicción es depurada *ex ante*, el registro es capaz de proporcionar una titularidad definitiva e irrevocable, lo que significa que un adquirente de buena fe que adquiere sobre la base de la información suministrada por el registro, adquiere un derecho real, inatacable⁵¹. Si, posteriormente resultase probado que

^e Si el registrador considera que el acto privado afecta a derechos reales merecedores de protección, que daña algún derecho real preexistente, optará por no inscribir el derecho que se pretende crear o transformar, y el acto correspondiente carecerá de efectos reales. Piénsese en que el otorgante sufra una prohibición de disponer o carezca de poder suficiente; en que en el acto se defina la finca de forma que se solape físicamente con un finca vecina, o que en él se incumplan normas urbanísticas; o bien que se pretenda alterar el rango de las hipotecas previas; etcétera. En cualquier caso, la decisión registral de no inscribir viene a materializar, de forma implícita, la voluntad de algún titular de que el “segundo contrato” no se celebre y que los derechos de ese titular conserven toda su eficacia real. En la práctica, una vez llegados a este punto y en casos de mera colisión subsanable de los derechos, o bien el propio registrador solicita el consentimiento de los titulares de los derechos afectados o bien informa a los contratantes de que, como condición necesaria para que se inscriba el nuevo derecho, han de obtener dichos consentimientos o bien reestructurar el acto privado de modo tal que se elimine el perjuicio potencial que causaba en su versión original.

⁵¹ En general, los adquirentes no están protegidos *in rem* por el registro frente a sus propios vendedores, sino que sólo están protegidos los terceros, después de una nueva transacción inscrita, siguiendo el principio de “irrevocabilidad diferida” (*deferred indefeasibility*). Por ejemplo, si el vendedor *S*, que no es el verdadero propietario, vende un terreno propiedad de *O* al comprador *B*, que en parte financia la compra con un préstamo hipotecario proporcionado por *L*, y la transacción es inscrita, *O* conservaría la finca, aunque a menudo gravada por la hipoteca. El comprador terminaría obteniendo únicamente un derecho de crédito contra el vendedor. En principio, muchos sistemas de

el derecho del vendedor era defectuoso, el comprador conservaría el derecho real y el verdadero propietario obtendría sólo un derecho de crédito contra el vendedor y el propio registro. El derecho real es adjudicado en estos casos forzosamente excepcionales aplicando una regla de responsabilidad, pero esto sólo sucede cuando ha habido un fallo en el registro. En circunstancias normales, se aplica la regla de propiedad estándar, basada en el consentimiento de los titulares de derechos. El registro de derechos interfiere, por ello, con la propiedad privada mucho menos de lo que a menudo se alega⁵², ya que su intervención se centra en determinar el momento y alcance con el que se deben depurar privadamente los derechos. La inscripción registral está controlada por registradores o jueces, pero las decisiones definitivas las adoptan quienes ostentan los derechos, mediante la prestación de su consentimiento^f. Los sistemas de privacidad y de registro de documentos conceden a las partes mayor libertad para determinar cuando se depuran los derechos y descansan más en información obtenida de forma privada. Por este motivo, los derechos parecen ser más el producto de decisiones privadas; pero esta percepción es engañosa, porque incluso los derechos generados por documentos depositados en un registro de documentos mantienen un mayor contenido obligacional, dada la supervivencia de posibles derechos reales contradictorios. Para transformarlos en derechos con un carácter real equivalente al que proporciona la inscripción en el registro de derechos, también se requiere una intervención pública adicional, que efectúan los tribunales de justicia, intervención que también puede padecer errores al adjudicar los derechos.

Un error en la inscripción de algún derecho reducirá, sin embargo, la eficacia real de los derechos preexistentes. Por este motivo, deben necesariamente existir pocos casos de errores registrales; de otra forma, el sistema de registro de derechos no sobreviviría. Bajo una regla de responsabilidad, los titulares registrales ponen sus

registro Torrens tienen efectos sanatorios sobre la propia transacción y, de esta forma, protegen a segundas partes inocentes en posición similar a la de *B* en el ejemplo anterior. Por ejemplo, esta doctrina de la “irrevocabilidad inmediata” (*immediate indefeasibility*) está en la actualidad establecida firmemente en los ordenamientos australianos, incluso para la inscripción registral de un instrumento que sea nulo por cualquier motivo legal (O’Connor, 2003), después de una vacilación inicial por parte de los tribunales (Whalan, 1982: 293-317). En otros ordenamientos, las excepciones reducen a menudo este efecto de saneamiento. Por ejemplo, en el Condado de Cook fueron excluidos los casos de fraude (Shick y Plotkin, 1978: 127).

⁵² Véanse, por ejemplo, Shick y Plotkin (1978: 20), que se centran en la versión Torrens, o Piedelièvre (2000: 20), quien considera que el registro de derechos es contrario al tradicional consensualismo contractual.

^f El servidor público responsable de la calificación e inscripción registral (el “registrador” español; el *registrar* inglés; el *Grundbuchrichter* o “juez del libro inmobiliario” alemán) desempeña funciones propiamente judiciales, de jurisdicción voluntaria. Este carácter judicial es perfectamente reconocido desde la distancia que impone el trabajar dentro de un sistema con registro de documentos. Se puede así leer, por ejemplo, que: “Cette vérification est faite, non par un fonctionnaire de l’ordre administratif, mais par un juge qui rend un véritable jugement lorsqu’il statue sur une réquisition d’inscription qui lui est adressée” (Weill, 1979, p. 553).

derechos reales bajo la custodia del registro, de forma similar a la *traditio*, cesión de la posesión o *entrusting of possession* que tiene lugar en las transacciones comerciales⁵³. En cierto sentido, el propio registro es el que actúa como vendedor, de forma similar a como lo hace el comerciante al que se ha confiado la posesión. Los propietarios —en general, todos los titulares de derechos inscritos—desempeñan también un papel de control con respecto al registro, análogo al que desempeñan los proveedores con respecto a los comerciantes poseedores en las transacciones comerciales. Resulta así comprensible que, cuando los registros incumplen su papel de custodia, se desmoronen como consecuencia de la presión y deserción de los propietarios.

La estructura de ambos tipos de registros, de documentos y de derechos, aclara más aún el papel que representan las reglas de adjudicación para motivar la producción de información sobre la titularidad. En el registro de derechos, sólo aparece inscrito un propietario en cada momento. Se incentiva, por tanto, la depuración de derechos en el momento de una transacción anterior, para asegurar que el titular registral sea el auténtico propietario. En el registro de documentos sucede lo contrario: se estimula la producción de información en el momento de una transmisión posterior porque tanto el auténtico propietario como el vendedor pueden constar en el registro. Por lo demás, las excepciones confirman el argumento. Incluso en el registro de derechos se aplica una regla de propiedad cuando se presume que el adquirente conocía, o pudo haber conocido con facilidad los derechos contradictorios existentes. Esta excepción se extiende a la exclusión universal de donatarios y legatarios, quienes carecen de protección registral porque razonablemente cabe suponer que conocen la existencia de tales derechos. De igual forma, muchas leyes, o bien reconocen eficacia a la posesión *contra tabula*, contradictoria con el registro, o bien, indirectamente, infieren que el adquirente actuó de mala fe cuando sabía que el vendedor no tenía la posesión o que la información del registro público era errónea⁵⁴.

La segunda característica de los registros de derechos es el empleo de un *numerus clausus* más estricto. En ambos sistemas, registro de derechos y de documentos, el reconocimiento de un número fijo de derechos reales hace que el consentimiento sea más fácil de obtener *ex ante* porque facilita la obtención de información relativa a qué derechos y titulares son afectados y en que extensión, y porque reduce los costes de

⁵³ Para las transacciones comerciales, la mayor parte de los sistemas jurídicos invierten la regla de adjudicación sobre la base del valor informativo de la posesión: el comprador conserva el bien siempre que el vendedor fuese un comerciante y que el comprador careciese de conocimiento y actuase de buena fe. Véase UCC 2-403[2] y HGB artículo 366.

⁵⁴ La eficiencia de esta “excepción por conocimiento” es probable que dependa del valor de los bienes. Como subrayan Baird y Jackson (1984: 312-18), esta excepción puede producir decisiones más matizadas, pero resulta costoso aplicarla. En la medida en que estos costes sean casi fijos, debemos esperar que se aplique más para bienes valiosos y derechos de garantía (cuya presencia también es probable que esté correlacionada positivamente con el valor del bien) que para resolver reclamaciones sobre bienes muebles estándar. Existen algunas indicaciones en este sentido en el tratamiento de las transacciones comerciales, para las que el conocimiento no desempeña ningún papel en la mayoría de los ordenamientos.

negociación. Este efecto vale más en el registro de derechos, sin embargo, dado que su finalidad es evitar cualquier colisión de derechos *ex ante*, para lo cual los registradores examinan todas las transacciones y obligan a las partes a depurar a priori incluso pequeñas contradicciones y defectos. Por el contrario, en el registro de documentos las transacciones no necesariamente se examinan *ex ante*, los riesgos y defectos menores a menudo se dejan vivos y se les asegura conforme a criterios actuariales, y el transcurso del tiempo probablemente desempeña un papel mayor a la hora de depurar derechos mediante la prescripción de acciones⁵⁵.

Además de las pruebas econométricas presentadas en la sección precedente, las cuales acreditan que los sistemas jurídicos con registros de derechos admiten un menor número de derechos reales, la variedad dentro de aquellos sistemas con registro de derechos también respalda nuestro argumento acerca del papel organizativo del *numerus clausus*, pues se observa que los sistemas con un *numerus clausus* más estricto son también capaces de producir los efectos jurídicos más potentes, dando validez a transacciones sobre derechos reales con independencia de que sea o no sea válido el negocio causal, en aplicación del principio de abstracción o *Abstraktionsprinzip* característico del Derecho Inmobiliario germánico⁵⁶.

3. Organización y rendimiento de los registros de documentos y de derechos

Las secciones precedentes han identificado los rasgos básicos y la equivalencia funcional de los sistemas empleados para determinar las titularidades reales. A continuación, aplicamos este conocimiento para desarrollar varias directrices que contribuyan a la organización eficaz de dos de estos sistemas, el registro de documentos y el registro de derechos. Prestaremos atención, en primer término, al alcance de la competencia, que está limitado por la necesidad de proteger a los terceros; en segundo término, al papel de la libertad de elección, esto es, nos plantearemos si conviene o no reconocer a las partes la facultad de que con más o menos libertad puedan pasar de un sistema a otro; y, por último, a los principales factores que influyen en el rendimiento de ambos sistemas, tanto en la teoría como en la práctica.

3.1. Principios organizativos comunes

El análisis que sigue iluminará también cuál es la organización más adecuada del mercado de servicios de apoyo a las transmisiones inmobiliarias y explicará a qué

⁵⁵ Esto hace improbable que la relación observada entre el número de derechos reales y los sistemas de registro pueda explicarse como consecuencia de que los registros de derechos sean capaces de ejecutar a menor coste que los tribunales una política normativa de *numerus clausus* motivada por otras razones.

⁵⁶ Acerca de esta materia, véase Kohler (1996: 231).

responde su evolución reciente, que se caracteriza por la liberalización de la contratación privada y el mantenimiento del monopolio en la llevanza de los registros, tanto de documentos como de derechos. En esencia, y pese a las notables diferencias entre ambos tipos de registros, el conflicto de intereses entre las distintas partes tiene en ambos la misma naturaleza. Esto explica por qué en los dos sistemas se aplican patrones organizativos similares para cada una de ambas fases contractuales. En particular, la libre elección de asesores y autorizantes protege suficientemente a las partes del contrato privado. En cambio, se necesita independencia respecto a dichas partes para proteger los intereses de terceros cuyos derechos reales pueden verse perjudicados por la transacción que dichas partes pretenden realizar. Esto explica también por qué la creciente presencia de grandes empresas como partes contractuales modifica la estructura del mercado en cuanto a los servicios de consultoría, asesoramiento e intervención de la contratación privada, pero no las funciones públicas que requieren el segundo “contrato” por el que los terceros expresan su consentimiento expreso o tácito al primer contrato celebrado sólo por las partes.

3.1.1. La competencia como salvaguardia de la calidad en la contratación privada

Los contratos entre las partes garantizan el nacimiento de derechos de crédito, pero no la constitución de derechos reales, puesto que obligan sólo a las partes del contrato, pero no a terceros. Estos contratos implican, no obstante, sustanciales asimetrías de información. Los antiguos sistemas de transmisión privada de la propiedad normalmente disponían la elaboración de los contratos privados por profesionales del derecho, en nombre o bien de una parte (*solicitors* británicos, abogados y profesionales dedicados a la transmisión de la propiedad en Estados Unidos) o de todas las partes del contrato privado (como los notarios en el mundo del Derecho continental). Asimismo, estos antiguos sistemas pretendían reforzar la garantía de calidad del servicio restringiendo la entrada. Sin embargo, todos ellos permitían a las partes elegir libremente a los prestadores del servicio. Es así que en los países con registros de documentos, las partes siempre han elegido abogados, agentes informadores de los títulos y aseguradores (Estados Unidos) o notarios (Francia). Igual sucede en los países con registro de derechos, donde las partes eligen entre *solicitors* y profesionales dedicados a la transmisión de la propiedad (Inglaterra) o entre notarios (resto de Europa). La mayor parte de estos sistemas de transmisión de la propiedad han experimentado cambios sustanciales en las últimas décadas. La exigencia de intervención obligatoria se ha relajado o incluso se ha revocado, se han levantado las barreras de entrada, se han liberalizado los precios y se ha aumentado la integración de funciones, tanto en sentido vertical como horizontal. La disminución del papel que desempeñan todo tipo de juristas en la transmisión de la propiedad se refleja tanto en la controversia estadounidense acerca de la *unauthorized practice of law*, o “práctica no autorizada del Derecho”, como en el debate paralelo en Europa acerca de la intervención notarial obligatoria en las transacciones estándar. Aumenta también la integración vertical de todo tipo de servicios, desde la mediación inmobiliaria, garantía

y aseguramiento del título, al apoyo contractual y la financiación⁵⁷. Además, la libertad para elegir entre los profesionales que proporcionan servicios jurídicos está siendo sustituida por la libertad para elegir al prestador del servicio principal. Es decir, que en lugar de elegir abogados o notarios, los usuarios eligen ahora, ya sea un banco, agente de la propiedad inmobiliaria o compañía de seguros de títulos, y son estas entidades las que proporcionan por sí mismas o bien contratan a terceros los servicios jurídicos que sean necesarios⁵⁸.

Tanto la tradicional presencia de la libertad de elección como estas últimas tendencias son coherentes con nuestro argumento. La mayor parte de los sistemas de transmisión de la propiedad se habían mantenido a tono con la realidad contractual del siglo XIX. Dado que la mayoría de las partes eran personas físicas, tenía entonces más sentido la intervención obligatoria de profesionales del derecho, ello sin entrar ahora a juzgar si realmente era o no necesaria⁸. Las actuales tendencias hacia la liberalización pueden, pues, considerarse como una adaptación al creciente papel que desempeñan como partes contractuales las grandes empresas, las cuales están ahora en condiciones de salvaguardar por sí mismas la transacción, al poner en juego cuantiosos activos reputacionales. Gran parte de lo que está sucediendo en este sector puede, por ello, entenderse como una sustitución de la reputación y garantía profesionales por la reputación de las propias partes. Sucede que algunos participantes en las transacciones mas comunes —bancos, aseguradores de títulos, agentes de la propiedad inmobiliaria, grandes promotores— han alcanzado posiciones efectivas de imparcialidad, por su gran tamaño, su reputación y su presencia continuada en el mercado, por lo que pueden ya configurar y salvaguardar por sí mismas los contratos sobre viviendas⁵⁹. El poder de su garantía de calidad permite a estas “partes imparciales” actuar eficazmente como

⁵⁷ En la mayoría de los estados norteamericanos, los abogados no sólo no intervienen en la mayor parte de las transacciones sobre viviendas (HUD, 2000: 2), sino que, además, los aseguradores han asumido tantas funciones como la ley les permite, y los bancos se están introduciendo ahora en el seguro y el autoseguro de títulos (Arruñada, 2002). En Gran Bretaña, los abogados han perdido el monopolio que de hecho disfrutaban en relación con la transmisión de inmuebles, y aquellos que siguen practicándola se están integrando progresivamente con los agentes de la propiedad inmobiliaria (“Conveyancing—All the Right Moves”, *Law Gazette*, 26 de mayo de 2000). Los notarios franceses han sido protagonistas en la mediación inmobiliaria desde hace mucho tiempo (Suleiman, 1987). Los notarios españoles han respondido a la mayor competencia aumentando la práctica en grupo y estrechando su colaboración con los bancos. Por último, Portugal redujo hace ya unos años el ámbito de la intervención notarial obligatoria, e hizo posible crear oficinas notariales privadas y especializadas.

⁵⁸ Esta obtención indirecta de garantías reputacionales es similar a la selección, también indirecta, de auditores de cuentas por los inversores cuando éstos compran valores, lo que genera a menudo discusiones similares acerca de la independencia profesional y el mantenimiento de la objetividad en la prestación de sus servicios (Arruñada, 1999).

⁸ Para una opinión negativa en nuestro país, véase el capítulo séptimo, titulado “Fe pública sin notariado”, de Costa (1888).

⁵⁹ Para un análisis de esta relación contractual “asimétrica” en otros dos sectores, véanse Arruñada (2000) y Arruñada, Garicano y Vázquez (2001).

“notarios de la transacción”. Por ejemplo, en los países de *Common Law* cada parte en un contrato de transmisión de la propiedad se supone tradicionalmente que ha de contratar a un abogado de parte para que represente sus intereses. Sin embargo, en los Estados Unidos tanto los agentes inmobiliarios como las entidades de crédito, las compañías de seguros de títulos y las que actúan como depositarias de fondos para el cierre de las operaciones representan crecientemente no a una sino a varias de las partes contractuales. En este sentido, se están volviendo similares a los notarios latinos. Este cambio tiene lugar, curiosamente, al mismo tiempo que aumenta la dependencia de estos notarios latinos respecto a las entidades de crédito, que ya son, por ejemplo, las que redactan la mayor parte de las escrituras de hipoteca. Parece, por tanto, que, si bien existe una creciente demanda de asesoramiento jurídico independiente, los antiguos especialistas en su prestación ya no son los proveedores más eficientes^h.

3.1.2. El monopolio como salvaguarda de la independencia cuando existen terceros afectados

En marcado contraste con el papel tradicional de la libertad de elección y la actual liberalización de los servicios de apoyo a las transmisiones inmobiliarias, las decisiones relativas a derechos reales las adoptan organismos o agentes organizados como monopolios territoriales. Con base en nuestro análisis, la explicación es sencilla. El acuerdo para intercambiar derechos de carácter obligacional sólo vincula a las partes, a las que, por tanto, se puede dejar solas para que cuiden de sus intereses, ya que la competencia entre proveedores de servicios tiende a asegurar la calidad incluso en situaciones de asimetría en la información. Los derechos reales, en cambio, nos obligan a todos. Por eso, su creación o reconocimiento debe reservarse a un operador independiente de las partes de la transacción, con el fin de proteger ese interés general.

Las diferentes instituciones que hemos analizado alcanzan este objetivo de independencia de diferentes formas. En esencia, el sistema de privacidad y el registro de documentos lo logran retrasando el perfeccionamiento de los derechos reales, mientras que el registro de derechos fuerza dicho perfeccionamiento al tiempo del contrato privado. No obstante, en los tres sistemas es siempre un agente independiente de las partes quien decide qué derechos son reales y cuáles sólo meramente obligacionales. En los sistemas de privacidad y registro de documentos, este agente imparcial es el juez, que es quien, eventualmente, resolverá en caso de conflicto las cuestiones relacionadas con el título sobre la base de la prioridad establecida en las escrituras y en el archivo documental. En el registro de derechos, es el registrador quien decide, sobre todo cuando, tras calificar positivamente el negocio privado, pasa a inscribir los derechos reales a que éste dará lugar. El marco de incentivos de quienes han de tomar todas estas decisiones, ya sean jueces, oficiales del registro de documentos o registradores tiene siempre un mismo objetivo: hacerlos independientes con respecto no sólo de las partes del contrato sino también de los múltiples interesados o afectados por la creación de un derecho real. En efecto, su imparcialidad es necesaria, no tanto respecto de las partes que celebran el contrato privado y entre ellas, sino, fundamentalmente, entre las mismas

^h Véase Arruñada (2001b).

y terceros, esto es, entre las partes del contrato privado y los titulares de derechos reales ya constituidos o de posible constitución en el futuro, que puedan resultar afectados por la transacción formalizada por las partes en dicho contrato.

Dado que estos terceros potencialmente afectados no están presentes; peor aún, con frecuencia, ni siquiera tienen conocimiento del negocio celebrado entre las partes; y, además, suelen ser indeterminados, resulta comprensible que a las partes del contrato privado no se les permita elegir a los proveedores de los servicios de archivo, inscripción registral o resolución judicial. La libertad de elección no puede proteger a quienes no pueden elegir. Considérese, por ejemplo lo insensato de que uno de los acreedores pudiera elegir quién ha de resolver sobre la prioridad de su hipoteca respecto a muchas otras que pesen sobre un mismo bien. Por este motivo, todas las funciones de archivo y registro están organizadas como monopolios públicos territoriales cuando producen pruebas o resuelven directamente acerca de derechos reales. Parece, por tanto, que no resulta suficiente con dictar reglas para establecer la prioridad a todos aquellos que han de aplicarlas, probablemente porque tales reglas dejan aún margen sustancial para una interpretación potencialmente parcial⁶⁰. El adoptar estas precauciones extremas en relación con la independencia puede resultar aun más necesario en el registro de derechos, tanto por sus poderosos efectos como por su susceptibilidad ante errores registrales, cuya proliferación podría causar fácilmente el colapso del sistema (por ejemplo, mediante la multiplicación de resoluciones judiciales que anulasen la eficacia de inscripciones ya practicadas).

Las excepciones aparentes al régimen de monopolio refuerzan el argumento de su necesidad, toda vez que sólo existen registros múltiples en régimen de concurrencia en aquellos casos en los que, o bien no existen terceros, o bien tales terceros permanecen desprotegidos *ex ante*.

En primer lugar, para los registros de activos financieros la mejor práctica parece consistir en que, como sucede con el Depository Trust & Clearing Corporation (DTCC) en los Estados Unidos, exista una sola agencia de compensación y depósito, y que ésta actúe también como registro, para así eliminar retrasos entre la compensación de los pagos y la inscripción de los nuevos titulares (BIS-IOSCO, 2001: 13). En los *indirect holding systems*, como el español, se dispone en cambio un sistema de registro en dos niveles, con un depositario central y múltiples custodios; pero, cuando estos últimos actúan también como registros de primer nivel, son elegidos por el emisor de los valores, de forma que las propias partes de la transacción no pueden elegir. Asimismo, cuando el emisor cambia de registro, tiene que conseguir el consentimiento de todos los terceros (como, por ejemplo, los titulares de cargas), en un proceso supervisado por el registro central. También se adoptan precauciones adicionales para evitar conflictos con el propio registro, en la mayor parte de los casos mediante la drástica medida de evitar

⁶⁰ El argumento se ha centrado en los servicios y decisiones jurídicas. En estos sistemas también se ha de mantener un archivo de casos, escrituras o derechos. Para estas funciones administrativas, los costes unitarios decrecientes también pueden generar una situación de monopolio natural. No obstante, por sí mismo, ello no impediría la libertad de elección entre diversos jueces o registradores, todos los cuales podrían utilizar un archivo común para alcanzar las economías de escala disponibles en esa labor de archivo.

la existencia de terceros. Con este fin, a los derechos que en potencia podrían causar conflictos sencillamente se les niega el carácter de derechos reales. Sucede así, por ejemplo, con las segundas cargas. Además, el registro central es el único registro con efectos jurídicos para los valores que sean propiedad de las entidades con funciones registrales.

En segundo lugar, para dominios de Internet, existe un solo registro para cada dominio de nivel superior (todos aquellos que finalizan, por ejemplo, en “.com”), pero los usuarios eligen libremente entre múltiples así llamados *registrars* (de hecho, meros archivadores o *recorders*, pues no realizan calificación alguna y se limitan a fechar las entradas). La libre elección es posible porque los *registrars* —y el propio registro— se limitan a adjudicar los dominios por orden de entrada, sin adjudicar su propiedad ni controlar posibles perjuicios a terceros, que son, principalmente, los titulares de derechos de propiedad sobre el nombre. El único control *ex ante* que llevan a cabo se dirige a evitar la repetición de un nombre, pero este control se efectúa en interés de la parte que solicita la inscripción. De hecho, la posibilidad de perjudicar a terceros cuando un registro sirve sólo el interés de las partes que lo eligen se ha puesto a menudo de manifiesto en la “ciberocupación”, fenómeno consistente en inscribir nombres prominentes con el solo fin de venderlos a sus propietarios más tarde, cuando éstos desean iniciar operaciones en Internet.

El sistema protege algo más los intereses de terceros a posteriori, después de reclamar, desde que se aplican las nuevas reglas arbitrales conocidas como *Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy* o UDRP (ICANN, 1999), que los solicitantes han de aceptar de entrada. Su diseño es coherente con nuestro argumento. Primero, las disputas no se resuelven por los *registrars* sino que, de acuerdo con la UDRP, los *registrars* simplemente aplican las decisiones del comité de expertos seleccionado por el demandante entre los *providers* —de hecho, árbitros— aprobados por el ICANN. Segundo, los indicios estadísticos apuntan a que la libre elección de árbitro por parte de quienes plantean las reclamaciones sesga los resultados, provocando diferencias sustanciales entre árbitros respecto a la proporción de reclamaciones que tienen éxito y aquellas que no lo tienen (Mueller, 2001). Además, la excepción dentro de la excepción también encaja en el argumento: los registros de dominios geográficos de nivel superior, como son “.de” o “.es”, que sí ejercen un control *ex ante*, realizan sus funciones en régimen de monopolio.

En tercer lugar, el argumento concuerda con el hecho de que las *title plants* de Estados Unidos carecen de efectos frente a terceros. También en este caso la excepción del incendio de Chicago de 1871 confirma la regla. Se utilizaron entonces los extractos privados para reconstruir los registros públicos, después de que éstos resultaran destruidos por el fuego. No obstante, estos extractos privados habían sido elaborados antes del incendio, cuando las partes no podían haber adivinado su futuro uso con efectos públicos.

Finalmente, la necesidad de que quienes resuelvan sobre derechos reales sean independientes de las partes también se pone de manifiesto en la expansión de las limitaciones a la propiedad privada resultantes de la ordenación del territorio y la regulación medioambiental⁶¹. En los Estados Unidos, esta expansión puede entenderse

⁶¹ Véase, por ejemplo, Epstein (1995: 275-305).

en parte como consecuencia de no haber separado las partes de los decisores. En esencia, los reguladores urbanísticos y medioambientales son al mismo tiempo custodios y titulares de ciertos derechos reales que les autorizan a prohibir diversos usos (por ejemplo, construir, rellenar humedales, explotar bosques). Como sucede ante cualquier titular de un derecho real, se exige su consentimiento para usar las fincas afectadas por la regulación. No obstante, en su calidad de custodios, son ellos mismos los que también deciden si sus derechos se ven o no afectados por el uso o transacción propuestos, llevando a cabo una función que es muy similar a la de un registro de derechos. No resulta sorprendente que los derechos así definidos se hayan expandido más allá de las previsiones iniciales. Nuestro análisis es de aplicación para mejorar el sistema. Dejando aparte la controversia relativa a la asignación (o expropiación) de tales derechos de uso, un sistema racional conferiría el papel de custodia a organismos independientes, ya se trate del poder legislativo, de los tribunales o de un registro⁶². Se evitaría así el riesgo de una expansión ilimitada de ciertos derechos y se facilitaría además el intercambio del consentimiento regulatorio por compensaciones.

3.2. El ámbito de la libertad de elección

Hasta aquí, hemos tratado los diferentes sistemas de derechos reales como opciones mutuamente excluyentes. La sección precedente ha examinado también el papel de la libertad de elección dentro de cada sistema. Exploraremos ahora qué posibilidades abre y qué dificultades ocasiona el dar a las partes libertad para elegir entre diferentes sistemas de registro, una cuestión con importantes consecuencias prácticas.

El argumento que respalda la libertad de elección entre sistemas es, como siempre, el de mejorar la asignación de recursos. Habida cuenta de que los sistemas incurren en niveles diferentes de coste para reunir los consentimientos, y proporcionan diferentes niveles de seguridad a los derechos, la libertad de elección podría permitir que las partes alcanzaran resultados más eficientes, con un mejor equilibrio entre demanda y oferta. El argumento contrario a la libertad de elección entre sistemas de registro está basado también en consideraciones estándar relativas a efectos externos, que se manifiestan principalmente como perjuicios a los derechos de terceros y como bienes públicos. Estos últimos tienen su origen en los costes fijos en que se incurre por la mera existencia de cada sistema jurídico y registral, ya que tanto el derecho como la judicatura y el sector que presta servicios de apoyo a las transmisiones inmobiliarias sufren un cierto grado de duplicación si tienen que funcionar con varios sistemas registrales. Es inevitable, por ello, que en cierta medida, pierdan economías de escala.

⁶² La importancia de esta separación puede apreciarse en el hecho de que la expansión ha sido menor en áreas en las que los poderes de los organismos reguladores están limitados por ley. Esto se consigue, por ejemplo, imponiendo límites al nivel de riesgos o a los tipos de técnicas de control que puede exigir el regulador. Esta solución se parece a la definición de un *numerus clausus* más estricto de derechos reales, en la medida en que esta definición también limita la discreción del registrador, como hemos analizado con anterioridad.

Inexorablemente, el análisis adolece de una ambigüedad básica, que ha de resolverse sobre la base de consideraciones externas al propio análisis. En la medida en que la libertad puede permitir a los propietarios esconder sus bienes al gobierno, provoca también intrínsecamente consecuencias que variarán de acuerdo con la naturaleza y calidad del propio gobierno. Por ejemplo, si los propietarios pueden optar por la privacidad, es probable que la ejecución de los gravámenes involuntarios sobre inmuebles, como los impuestos, sea más difícil. Sin embargo, semejante consecuencia puede evaluarse de forma muy diferente —como un beneficio o como un coste— dependiendo de si contribuye a reducir el poder de un mal o de un buen gobierno, respectivamente.

Las partes pueden ejercer su libertad de dos formas. En primer lugar, eligiendo entre privacidad o publicidad y, dentro de la publicidad, entre sus diferentes modalidades. En segundo lugar, al menos teóricamente, la ley podría permitir que ambas elecciones se llevasen a cabo solamente una vez para cada finca o derecho, o bien una vez para cada transacción. Por fortuna, no es necesario examinar todas las posibilidades teóricas que así se abren, ya que ello implicaría un alto grado de repetición, y muchas de esas posibilidades son empíricamente irrelevantes⁶³. Sucede así, en especial, con la libertad para elegir un régimen jurídico permanente para cada finca (sea éste el de privacidad, el registro de documentos o el registro de derechos). Si bien una política de ese tipo podría teóricamente aplicarse requiriendo que la elección de régimen se inscribiese en algún tipo de registro público, en el que constase un documento o un asiento indicativo de que “la finca *X* se transmitirá conforme a un régimen de privacidad” o algo parecido, el carácter permanente de tales asientos sería, sin embargo, dudoso. Téngase en cuenta, primero, que introduciría una rigidez costosa, puesto que nada garantiza que la elección óptima de hoy continúe siéndolo en el futuro. Por ejemplo, las preferencias variarían con la necesidad financiera: muchos propietarios pueden muy bien preferir la privacidad, salvo cuando deseen utilizar sus bienes como garantía, dadas las ventajas que proporciona la publicidad a la contratación de hipotecas. Tales desequilibrios generarían a buen seguro una demanda para cambiar las fincas de régimen. Por otro lado, en segundo lugar, el funcionamiento de semejante sistema, en el que cada finca tendría un régimen jurídico permanente, exigiría mantener algún tipo de registro en el que estuviesen perfectamente identificadas todas las fincas junto con su régimen jurídico; pero, al existir dicho registro, el sistema quedaría también sujeto a los avatares del oportunismo político. Por todos estos motivos, sólo vamos a analizar dos grupos de elecciones: la libertad para cambiar entre privacidad y publicidad, y la libertad para cambiar entre registro de documentos y registro de derechos.

⁶³ Dado que la mayor parte de las experiencias de libertad de elección se han estructurado como transiciones hacia el sistema de registro de derechos, proporcionan pocos indicios a la hora de evaluar un sistema hipotético que estuviera diseñado con vistas a facilitar esta libertad.

3.2.1. Libertad para cambiar entre privacidad y publicidad

La libertad ilimitada para elegir entre privacidad y publicidad causaría graves perjuicios a otros titulares de derechos, tanto en un registro de documentos como en uno de registro de derechos. Los poderosos efectos de la inscripción en un registro de derechos hacen que los actos de inmatriculación o desmatriculación de una finca sean potencialmente dañinos para los derechos que se ostenten sobre ella y sus colindantes. Por ejemplo, unos derechos mantenidos en privado pueden ver destruido su carácter real por la inmatriculación o la reanudación de un tracto interrumpido sobre la misma finca, o pueden verse sustancialmente perjudicados por la inscripción incorrecta de los linderos de una colindante. Esta teoría encuentra pleno respaldo en las precauciones adicionales que adoptan la mayor parte de los sistemas de registro de derechos con respecto a la inmatriculación; en su prohibición casi general de la desmatriculación⁶⁴; y en que, cuando se permite la desmatriculación, se requiera que consientan todos los titulares de derechos afectados sobre la finca que se pretenda desmatricular⁶⁵.

Si se permitiese, la presentación y retirada oportunista de escrituras plantearía riesgos igualmente peligrosos como consecuencia de la regla de prioridad registral. En el registro de documentos, en el que no existe un registrador activo, este riesgo se compensa sólo en parte imponiendo exigencias más estrictas a los compradores para que sean considerados adquirentes de buena fe, u obligándoles a obtener información acerca de situaciones posesorias contradictorias. En ambos sistemas, se permite, sin embargo, de forma indirecta, una especie de privacidad optativa, en la medida en que la ley admite la posesión como prueba para resolver conflictos relativos a derechos reales⁶⁶.

⁶⁴ Parece que la mayoría de los registros se han resistido a la desmatriculación. Véase, para los Estados Unidos, Shick y Plotkin (1978: 95 y 139) y la nota 65 siguiente. En Inglaterra, la reforma de 1925 eliminó definitivamente la posibilidad de efectuar transmisiones fuera del registro que temporalmente había abierto la sentencia *Capital & Counties Bank Ltd. v. Rhodes* (Sparkes, 1999: 79). En la mayor parte de los demás ordenamientos siempre ha sido imposible.

⁶⁵ Por ejemplo, Massachusetts permitió desmatricular voluntariamente una mayor variedad de tipos de inmuebles de su registro Torrens a partir del 11 de febrero de 2001. En sintonía con nuestro argumento, antes de que se apruebe una desmatriculación, se nombra a un experto para que verifique si los acreedores hipotecarios o arrendatarios resultan afectados, y para notificárselo, proporcionándoles así una oportunidad para objetar (MCA, 2001).

⁶⁶ A efectos prácticos, apenas importa el que la inscripción registral sea legalmente obligatoria, como en Inglaterra, o no, como en España, porque esta distinción resulta mucho menos importante que el tratamiento legal de los derechos posesorios. A menudo se entiende que, cuando la inscripción registral es voluntaria, se permite a las partes crear “derechos reales” entre ellas sin necesidad de inscribir. No obstante, en la medida en que esos derechos solamente producen efectos reales entre las partes, sin obligar a terceros, deben considerarse, con mayor precisión, derechos de crédito. Inversamente, cuando la ley es proclive a reconocer efectos reales a los *overriding interests* y similares situaciones posesorias, como sucede en Inglaterra y, en menor medida, en España,

Cuando, para considerarlos de buena fe, se exige a los adquirentes que inspeccionen diligentemente la finca en busca de derechos posesorios contradictorios, los titulares de estos derechos posesorios pueden mantenerlos sin archivar o inscribir en el registro. En estos casos, los demás derechos concurrentes continúan obrando en los archivos y no se ven, por tanto, afectados por la elección de mantener el nuevo derecho fuera de los registros. En resumen, en tales supuestos, la retirada de este tipo de derecho de los registros públicos está, de hecho, permitida, pero en términos tales que no puede perjudicar los derechos reales de terceros no susceptibles de posesión, como las hipotecas, algunas servidumbres, condiciones u otros derechos resolutorios de naturaleza más o menos potestativa⁶⁷.

3.2.2. Libertad para cambiar entre registro de documentos y registro de derechos

Dados los diferentes niveles de garantía que proporcionan el registro de documentos y el de derechos, el otorgar a los propietarios libertad para elegir entre ambos pudiera resultar beneficioso. Los modelos teóricos han demostrado que, bajo supuestos realistas, cuanto más defectuoso es el título y mayor valor tienen las fincas, es más probable que los propietarios opten por el registro de derechos⁶⁸. Este resultado encuentra también soporte empírico en las decisiones efectivamente adoptadas en aquellas jurisdicciones de los Estados Unidos que tienen ambos sistemas y en la inscripción registral de la posesión en España⁶⁹. La experiencia más conocida es la del Condado de Cook, en donde estuvieron funcionando simultáneamente un registro de documentos y un registro de derechos de tipo Torrens hasta 1997⁷⁰.

pueden crearse de hecho derechos reales que obligan a todos sin necesidad de registrarlos públicamente.

⁶⁷ Este objetivo de proteger a terceros también lo demuestra el hecho de que los sistemas de inscripción registral a menudo confieren a los compradores y a los acreedores hipotecarios ejecutantes un derecho a compeler a inscribir.

⁶⁸ Véanse, respectivamente, Miceli *et al.* (2002), y Arruñada y Garoupa (2002).

⁶⁹ Para los Estados Unidos, Shick y Plotkin (1978). Para España, el comentario, está basado en datos del Registro de la Propiedad a lo largo del período 1900-1944, que muestran cómo las fincas inscritas por primera vez “en posesión” eran de valor medio inferior a las inscritas por primera vez “en propiedad” (Arruñada, 2003).

⁷⁰ Los resultados empíricos obtenidos por Miceli *et al.* (2002) con los datos del Condado de Cook muestran que los titulares de derechos “auto-seleccionaron” uno de los dos sistemas y que las fincas inscritas en el registro Torrens tenían un precio más alto que el que hubiera cabido esperar en caso de que se hubiera optado para ellas por el registro de documentos, siendo similares en todo lo demás. Los precios de las fincas en el registro de documentos eran, sin embargo, más bajos que lo que cabría esperar en caso de que se hubieran inscrito en el registro Torrens. Este último resultado es aún más sorprendente al considerar que dos años después de la muestra de Miceli *et al.*, en el 95 por ciento de todas las transacciones Torrens en el Condado de Cook se estaba

En teoría, un motivo adicional para conceder libertad de elección entre registros de documentos y de derechos es que esta libertad podría proporcionar algún grado de competencia entre ambos sistemas. Esta competencia, sin embargo, no es probable que funcionase adecuadamente. En primer lugar, dada la naturaleza inatacable y firme de la titularidad inscrita en el registro de derechos, cuanta más libertad tuvieran las partes, más grave sería el problema de selección adversa sufrido por el registro, aumentando sus costes operativos y las pérdidas de su fondo de seguro⁷¹. El ajustar los precios a los riesgos sería entonces crucial, pero es difícil de lograr en una burocracia pública⁷². En segundo lugar, se produciría competencia entre un organismo público (el registro de derechos) y las profesiones y demás empresas privadas dedicadas a facilitar y asegurar las transmisiones inmobiliarias, y estas empresas serían, al mismo tiempo, tanto usuarias como competidoras de la oficina registral. Esta dualidad es probable que provoque un conflicto, en caso de que la inscripción redujera el mercado potencial del aseguramiento privado. Especialmente si el registro está organizado como un organismo público estándar (de modo que los registradores no perciben compensación residual), la competencia en el mercado político puede llevar a una situación en la que el registro sea capturado por las empresas. Este argumento también explica la supresión de los registros de derechos en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos y más claramente,

contratando además un seguro del título, como informa McCormack (1992: 108), con la duplicación obvia que esto supone. Este extraño resultado podría ser, sin embargo, coherente con un proceso de autoselección racional si las fincas del registro de documentos se enfrentaban a mayores costes para cambiar de registro, lo que concuerda con las cargas y retrasos adicionales que acarrea la inscripción inicial en el registro Torrens, la cual incluía un procedimiento judicial (véanse Shick y Plotkin, 1978: 128-29, 135 y 138, nota a). Además, si las nuevas inscripciones en los años 1986 y 1987 fueron tan insignificantes como diez años antes y la desmatriculación continuaba estando prohibida (Shick y Plotkin, 1978: 134-35, 139 y 141), las entradas registrales de la muestra puede que hayan ocurrido fundamentalmente dentro de cada uno de los sistemas y la elección de sistema se haya visto de hecho muy limitada. En tales circunstancias, hubiera sido aconsejable que los autores del citado estudio considerasen el proceso de selección como exógeno, estimando un modelo “ingenuo” para los precios de las fincas en ambos sistemas. La significación estadística de la variable que representa aquellas áreas con una concentración más elevada de inscripciones registrales de tipo Torrens en el modelo de selección podría entonces explicarse como consecuencia de las consideraciones históricas referidas por Shick y Plotkin (1978), quienes relatan cómo la práctica totalidad de los inmuebles de algunas áreas del Condado de Cook estaban inscritos o bien en el registro de documentos o bien en el registro Torrens.

⁷¹ Shick y Plotkin señalan la tendencia de los propietarios con títulos dudosos a solicitar la inmatriculación registral en los tres principales registros Torrens que analizan, aquellos de las *Twin Cities*, Massachusetts y Cook County (198: 93-95, 118 y 141).

⁷² Por ejemplo, la política de precios no parecía tener en cuenta la diferencia sustancial de costes de funcionamiento de cada sistema en el Condado de Cook, según Shick y Plotkin (1978: 136), lo que podría explicar el déficit padecido por su registro Torrens (p. 138). Sorprenden, sobre todo, los derechos del registrador por la inmatriculación, de sólo 30 dólares (p. 135).

su transformación de hecho en registros de documentos en algunos países sudamericanos.

Finalmente, dos aplicaciones modestas, aunque habituales, de la libertad de elección se dan cuando se introducen procedimientos para depurar completamente un título dentro del sistema de registro de documentos y, a la inversa, cuando se introduce alguna opcionalidad propia del registro de documentos en el funcionamiento del registro de derechos. En primer lugar, los efectos del registro de derechos se introducen en el registro de documentos cuando se dispone un sistema judicial de depuración a bajo coste, haciendo posible obtener un derecho inatacable cuando así los precisen las partes. En segundo lugar, la inscripción registral de la posesión puede producir efectos jurídicos intermedios entre los del registro de documentos y el de derechos, incluida la prioridad y a menudo una expectativa de propiedad una vez transcurrido un cierto plazo⁷³. El registro de derechos puede, de esta forma, estar diseñado para funcionar con tres niveles de libertad: derechos inscritos, posesión inscrita y posesión no inscrita. El sistema español ofreció estas tres posibilidades para fincas no registradas entre 1861 y 1944 (Arruñada, 2003).

3.3. Resultados: prometidos y efectivamente alcanzados

La presente sección compara los resultados de los sistemas de registro de documentos y de registro de derechos en términos de sus dos elementos básicos: ventajas en cuanto al *enforcement* o seguridad de los derechos y costes derivados del consentimiento. Sin intentar un tratamiento exhaustivo de las cuestiones que se debaten⁷⁴, el análisis aclarará dos de los principales argumentos teóricos de la vieja

⁷³ La inscripción de títulos posesorios, que en esencia aplica la idea general en el Derecho de la Propiedad de utilizar la posesión como “raíz” del título (Epstein, 1979), normalmente compensa la falta de una depuración completa de derechos. Estos derechos posesorios no se convierten en absolutos hasta que transcurre un plazo legal de prescripción, y se han utilizado, al parecer, en la mayor parte de los ordenamientos. Por ejemplo, el Registro de la Propiedad inglés inscribe derechos posesorios en relación con propiedades en dominio por tiempo indefinido y en arrendamiento, al igual que derechos con reservas, cuando no queda suficientemente satisfecho con la acreditación de la propiedad (Sarton, 2000: 32-33) y también inscribe “anotaciones contra primeras inscripciones” formuladas por reclamantes sobre fincas aún por inscribir (Silverman, 2001: 462). Todos estos derechos posesorios fueron mantenidos en la *Land Registration Act* de 2002. De igual modo, en España experimentó una gran demanda la inscripción registral de derechos posesorios desde 1861 hasta 1944, año éste en que una reforma legal promovida por notarios (quienes ostentaban el monopolio en las transmisiones) la hizo imposible, al tiempo que reconocía una posición dominante a la posesión no inscrita en el registro público (Arruñada, 2003). En Minnesota, los derechos posesorios pueden inscribirse desde 1982 y, si no se formula oposición contra ellos, se convierten en definitivos al cabo de cinco años.

⁷⁴ Arruñada y Garoupa (2002) proporcionan una comparación más formal en la que determinan el nivel de garantía socialmente óptimo y muestran cómo, en ambos

controversia acerca de estos sistemas: la supuesta superioridad del registro de documentos respecto al coste y su supuesta inferioridad en cuanto a la efectividad⁷⁵. Mostraremos así qué factores pueden modificar en la práctica sustancialmente la teórica ventaja comparativa de cada sistema. Antes de entrar en materia, resulta necesario aclarar que, en línea con el análisis previo, cuando comparamos el registro de derechos con el de documentos, entendemos que este último incluye los servicios de examen y garantía de la calidad del título que proporcionan tanto abogados, agentes y aseguradores de títulos como notarios⁷⁶.

3.3.1. ¿Es realmente menos costoso el registro de documentos?

Incluso cuando se define de esta forma, el registro de documentos probablemente goza de ventaja en términos de menores costes, como consecuencia de los incentivos que operan tanto del lado de la demanda como de la oferta: el examen de los derechos y su depuración son voluntarios, y la mayor parte de los servicios de asesoramiento, intervención y aseguramiento son prestados por empresas privadas. Por el contrario, el registro de derechos exige una depuración *ex ante* llevada a cabo por una autoridad pública.

Por el lado de la demanda, el principal beneficio de disponer una depuración voluntaria reside en que cualquier defecto que no merezca la pena depurar puede ser asegurado sobre bases actuariales, ya sea por las propias partes ya por un tercero. En el registro de derechos, en cambio, la exigencia de eliminar estos defectos menores puede

sistemas, los actuales propietarios tienden a gastar en exceso en servicios de garantía, en una versión del conocido problema que lleva a tomar un exceso de medidas de prevención cuando los beneficios privados de tales medidas exceden sus beneficios sociales (véase, por ejemplo, Shavell [1997]).

⁷⁵ Véanse, por ejemplo, las opiniones en este sentido de Cribbet (1975: 318), Janczyk (1977), Baird y Jackson (1984: 305) y Bostick (1987). Otros autores, considerando la experiencia de los Estados Unidos con el registro Torrens, concluyen que el registro de derechos es más costoso y menos eficaz (Shick y Plotkin, 1978). La cuestión ha sido controvertida casi en todas partes. Véanse en relación con este extremo, para Australia, Whalan (1982: 3-12); Inglaterra, Anderson (1992); Francia, Picod (1999: 535); España, Oliver (1892); y, para la controversia de la década de los años 1930 en Estados Unidos, Powell (1938) y McDougal y Brabner-Smith (1939).

⁷⁶ Tanto el registro de derechos como el de documentos pueden complementarse con diferentes grados de aseguramiento económico de los derechos sobre bases actuariales. Esta complementariedad se está poniendo de relieve con la introducción de seguros de títulos en países con registro de derechos, analizada en Arruñada (2001a, 2002 y 2004). El siguiente estadio en la evolución de estos sistemas bien podría consistir en el registro de derechos más un aseguramiento completo de todo el proceso de transmisión de la propiedad, sobre bases de responsabilidad objetiva, ofrecido por aseguradoras privadas de títulos que ofreciesen por sí mismas servicios de transmisión de la propiedad, o, al menos, exigieran la (hoy por hoy a menudo teórica) responsabilidad civil de abogados, expertos, notarios y registradores.

causar bloqueos, con costes de negociación sustanciales⁷⁷. Estas incidencias resultan menos frecuentes con un *numerus clausus* más estricto, como se analizó más arriba, pero un *numerus clausus* más estricto puede a su vez resultar costoso en términos de flexibilidad. Además, a menudo se señala que el registro de documentos goza como ventaja de disponer incentivos privados en la oferta de servicios de garantía y aseguramiento⁷⁸, pues, en dicho sistema, los derechos son examinados y los consentimientos obtenidos por empresas o profesionales a quienes se remunera con un beneficio residual. Suponiendo competencia entre ellos, los costes tenderán a minimizarse y se alcanzará mayor eficiencia, incluidas más elevadas tasas de innovación y adaptación a los cambios en la tecnología y en la demanda.

Estas ventajas de costes pueden resultar, sin embargo, ilusorias, dados los incentivos reales de usuarios y proveedores. El aseguramiento voluntario del derecho puede dar lugar a costes similares, cuando no superiores, a los de su registro público como consecuencia de la duplicación de esfuerzos y la pérdida de las economías de alcance. La organización privada de los servicios auxiliares sufre también ineficiencias, dado que muchos de dichos servicios son monopolios naturales y están muy reglamentados.

El registro de documentos soporta un grado sustancial de duplicación, incluso cuando ya se ha desarrollado un sector empresarial experimentado en el aseguramiento de los derechos. En primer lugar, las *title plants* tienen que archivar información acerca de todas las transacciones y hechos relevantes, y no sólo acerca de aquellos derechos que son objeto de transacción o que son dictaminados. Como consecuencia, se pierden gran parte de las ventajas de poder elegir entre la depuración *ex ante* o *ex post*. En segundo lugar, las *title plants* sirven sólo a las funciones administrativas internas de las empresas, ya que no tienen efectos jurídicos. Esto hace que haya de ser examinada la totalidad de la cadena de títulos en cada transacción⁷⁹. En tercer lugar, en el sistema de los Estados Unidos se produce una doble duplicación de costes. Por un lado, las *title plants* privadas duplican la información de los registros públicos. Por otro lado, las diferentes *title plants* contienen información duplicada, puesto que en muchas áreas existe más de una de ellas. Algún grado de duplicación puede evitarse cuando las oficinas públicas que registran los documentos están mejor organizadas, principalmente

⁷⁷ Esto puede considerarse un ejemplo del problema de “anti-commons” analizado por Heller (1998), Heller y Eisenberg (1998), y Buchanan y Yoon (2000).

⁷⁸ Como afirma un importante libro de texto sobre Derecho Inmobiliario, “la inscripción en un registro de derechos, sitúa la garantía de la titularidad en manos de la administración, mientras que el registro de documentos la sitúa en manos privadas que usan los registros públicos” (Dukeminier y Krier, 1998: 721). Esto pudiera permitir al sistema de registro de documentos obtener mejor información acerca de la calidad de los derechos, supuestamente tras superar sus dificultades de información, ya que “la compañía privada y con ánimo de lucro, a la hora de identificar defectos hará un trabajo mejor que la Administración, la cual, presumiblemente, sólo está interesada en equilibrar el presupuesto” (Miceli y Sirmans, 1995: 86).

⁷⁹ Las leyes de *marketable title* que limitan el tiempo mínimo al que se exige que se remonten las búsquedas en la cadena de títulos reducen este coste, pero pueden también poner en peligro la seguridad de los derechos.

cuando usan un índice de fincas. La informatización generalizada puede también facilitar la recopilación de información de los registros públicos y reducir la extensión y el coste de la duplicación de archivos en un futuro próximo. Difícilmente evitará, sin embargo, la necesidad de filtrar esta información, o contendrá la duplicación en cuanto al examen repetido de la cadena de títulos.

Las economías de alcance potenciales en la producción de información y la depuración de derechos, así como en el suministro de información acerca del contenido del registro, son también difíciles de alcanzar en el sistema de registro de documentos. Por el contrario, la información relativa a la calidad de los derechos permanece infrautilizada y tiene que producirse repetidamente. Esto se debe también a la naturaleza voluntaria de la depuración, ya que en algunos casos los defectos no se eliminan, incluso cuando se ha comprobado su existencia y ésta consta en el dictamen sobre el derecho. Además, incluso cuando se eliminan los defectos, la información de los registros públicos no se simplifica, sino que esa eliminación sólo se añade al registro. El registro público acumula así información relativa a toda clase de derechos, defectuosos y depurados, muertos y vivos⁸⁰. Esta mezcla de derechos aumenta el coste de las futuras búsquedas sobre la titularidad. Los ahorros potenciales serán por ello incompletos o incluso nulos si no se contrata al mismo experto que en búsquedas anteriores. Las *title plants* privadas pueden simplificar su información, pero siguen enfrentándose a problemas similares⁸¹.

En segundo lugar, con respecto a los incentivos de quienes proveen servicios de asesoramiento, intervención y aseguramiento para la contratación privada, las dos principales actividades desarrolladas dentro de sendos sistemas nacionales basados en el registro de documentos han estado muy reguladas. Tanto los notarios franceses como las aseguradoras de Estados Unidos tienen precios fijados por la administración, barreras a la entrada en el ejercicio de la actividad y reglamentaciones detalladas sobre productos y procedimientos, en parte como resultado final de incidentes de fraude y

⁸⁰ Este efecto dañino puede reducirse si el sistema jurídico o el interés en aumentar la propia demanda lleva a abogados y notarios a depurar todas las titularidades antes de presentar los documentos en el registro. Este parece haber sido el caso en Ontario, en donde la conversión del antiguo sistema de registro de documentos, (allí denominado *Registry system*) en un registro de derechos (*Land Titles*) se afirma que fue posible gracias al trabajo continuado de los abogados en el dictamen y la depuración de los derechos (Troister y Waters, 1996). Obsérvese, no obstante, que el registro de documentos pierde entonces la ventaja mencionada anteriormente de asegurar actuarialmente, en lugar de subsanar, los pequeños defectos de los derechos.

⁸¹ El basarse en sus propios y antiguos informes acerca del título es arriesgado, porque el derecho puede haber cambiado desde el examen anterior (Johnson, 1966: 401). De hecho, incluso cuando se contrata a un nuevo asegurador en una transacción posterior, con frecuencia examinará de nuevo toda la cadena de títulos. Estos problemas se ponen de manifiesto en la diversidad de prácticas y propuestas relacionadas con la fiabilidad de anteriores exámenes (McCormack, 1992: 126) y descuentos por reexpedición (Boackle, 1997).

quiebra⁸². En particular, como las *title plants* disfrutaban de costes unitarios decrecientes⁸³, tienden a convertirse en monopolios naturales, lo que explica que su conducta haya sido investigada y sancionada en repetidas ocasiones por las autoridades de defensa de la competencia⁸⁴.

Además, en los sistemas de registro de derechos se emplean diferentes estructuras de incentivos, con resultados también diferentes en términos, al menos, de productividad aparente. Algunos de los peores resultados se obtuvieron por aquellos registros organizados como burocracias estándar, en régimen de salarios fijos (Condado de Cook, Puerto Rico, Inglaterra antes de 1990). Una organización más profesional, de estilo judicial, como la empleada en Alemania o los países escandinavos, parece alcanzar resultados distintos, sin embargo, especialmente cuando se compensa a cada registrador con los beneficios de su oficina⁸⁵, como sucede en Españaⁱ. Una versión

⁸² Véanse Suleiman (1987), en relación con los notarios franceses, y Lipshutz (1994), Nyce y Boyer (1998), Burke (2000, capítulos 14 y 15) y Palomar (2000, capítulos 15 y 18) para el seguro de títulos en los Estados Unidos.

⁸³ Los costes para construir y mantener las *title plants* son fijos (Lipshutz, 1994: 28) y comprenden hasta la mitad de los costes totales de las compañías aseguradoras de títulos (Plotkin, citado por Villani y Simonson, 1982: 274, n. 6).

⁸⁴ Véase FDC (1999) sobre el caso de dos adquisiciones que condujeron a la consolidación de *title plants* de diversos mercados, de las cuales las autoridades antimonopolio exigieron más tarde su escisión.

⁸⁵ En este caso, un departamento gubernamental gestiona la relación con una red profesional de funcionarios públicos. El departamento regula la entrada, los procesos y los precios. Cada funcionario público gestiona entonces una oficina, contratando a sus empleados, que no son funcionarios públicos y a quienes puede también remunerarse con una participación en los beneficios. (Una organización híbrida similar fue analizada en Arruñada [1996]). Este antiguo sistema es similar al que se utiliza en las reformas modernas de los servicios públicos. Éstas tienen a menudo planes más ambiciosos pero disponen, sin embargo, incentivos menos potentes, como se puso de manifiesto en las paradigmáticas fórmulas del “mercado interno” y los médicos con presupuesto propio de gasto que fueron inventaron en la reforma de 1989 del Servicio Nacional de Salud británico.

ⁱ La experiencia con numerosos sistemas registrales, y entre ellos el español, demuestra que cabe organizar la actividad de un registro de derechos dentro de la Administración pública sobre bases “franquiciadas”, de modo que la actividad de los registradores y sus empleados está regida por incentivos muy fuertes (remuneración residual del registrador y los principales empleados, incluyendo incluso la responsabilidad personal del registrador). Ambos incentivos están relacionados entre sí: sin remuneración residual, el régimen de responsabilidad personal es insostenible, como ilustra su supresión en Italia diez años más tarde de que se suprimiera la remuneración por arancel (Mariconda, 1990, p. 156, n. 15). La experiencia de Puerto Rico es similar, pero invirtiendo el sentido de la causalidad: la quiebra de la responsabilidad personal condujo al abandono, en 1914, de la remuneración por arancel. Desde entonces, se han generado en esta isla retrasos sustanciales, tardándose hasta cuatro años en practicar las inscripciones, lo que

societaria de este sistema de franquicia privada, procedente del Antiguo Régimen se ha utilizado también para establecer el registro de derechos en algunos países en vías de desarrollo⁸⁶. Esta posibilidad indica que la conversión de las *title plants* privadas en registros de derechos⁸⁷ no es tan extraña como pudiera parecer a primera vista.

3.3.2. ¿Es realmente más eficaz el registro de derechos?

También está extendida la convicción de que el registro de derechos, si bien es más costoso, proporciona mayor seguridad a los derechos reales, y ello por diversos motivos. Sobre todo porque el registro de derechos hace posible usar una regla de responsabilidad en lugar de una regla de propiedad, protegiendo así plenamente a los adquirentes de buena fe^j. En cambio, la seguridad que proporciona el registro de

ha dado lugar a la contratación de seguros durante la validez del asiento de presentación.

⁸⁶ Por ejemplo, en Moldavia y Santa Lucía (<http://www.stewart.com>, visitada el 2 de junio de 2001). Un paso en esta dirección también lo constituye la transformación en 1990 del Registro de la Propiedad inglés en un departamento autónomo, con enormes mejoras de productividad (Sparkes, 1999: 18). Una transformación similar tuvo lugar en Holanda en 1994 (de Jong, 1998). No obstante, las soluciones franquiciadas adolecen ciertamente de los típicos problemas de los monopolios regulados (Williamson, 1976; Laffont y Tirole, 1993; Levy y Spiller, 1994).

⁸⁷ Como defiende Janczyk (1977: 226-27).

^j Además de sus efectos en la contratación de derechos reales, la publicidad registral reduce también, de forma indirecta, el coste de contratar derechos obligacionales, pues proporciona información sobre la situación financiera de los deudores y, en concreto, sobre las cargas que pesan sobre sus activos inmobiliarios. Gracias al registro, el acreedor obligacional puede, en primer lugar, informarse de la situación patrimonial del deudor al conceder el crédito, para evaluar su superávit patrimonial. Puede también estimar cómo evoluciona la solvencia del deudor sin más que vigilar periódicamente la situación registral de sus inmuebles. Cuando el acreedor obligacional se informa de que aumentan las cargas que pesan sobre algunos de los activos del deudor obligacional o de que éste los enajena, puede tomar con rapidez medidas compensatorias de la consiguiente reducción que tales actos ocasionan en su garantía. (Pone de relieve la importancia de esta utilización de la información registral el uso creciente que se efectúa por parte de las entidades financieras españolas de los datos registrales para conocer la solvencia de sus deudores. Muchas entidades examinan con frecuencia mensual la situación registral del patrimonio inmobiliario de aquellos deudores que pudieran plantear problemas en este sentido. Dado lo costoso de su obtención, es de suponer que esta información se esté empleando al tomar decisiones sobre la renovación y extensión de créditos y la eventual exigencia de garantías adicionales). Igualmente, la actividad independiente del Registro protege los intereses de los acreedores obligacionales contra el riesgo de que una definición oportunista de derechos reales sustraiga el patrimonio del deudor al pago de sus obligaciones personales. El acreedor obligacional cuenta, en principio, con todos los activos del deudor para cobrar su

documentos es en principio intrínsecamente inferior, por ser en gran medida de naturaleza obligacional, de forma que no explota todas las ventajas de *enforcement* de los derechos reales. Además, como se argumentó más arriba, la seguridad que un registro de derechos confiere a los titulares de derechos inscritos no puede ir en detrimento de los actuales titulares de derechos sin poner en cuestión la viabilidad del sistema. Como señalaron Baird y Jackson, “en un mundo en el que la información no es perfecta, podemos proteger plenamente los derechos del último propietario, o podemos proteger plenamente los derechos del propietario anterior, pero no podemos lograr ambos fines” (1984, p. 300). Esta afirmación es exacta, pero el supuesto de que la información es imperfecta resulta esencial: el registro de derechos está diseñado para producir información perfecta y proteger así tanto al anterior como al último propietario⁸⁸; y, si no consigue proteger a los propietarios en un número significativo de casos, sus posibilidades de supervivencia son muy limitadas⁸⁹.

Estas condiciones no están aseguradas, sin embargo, cuando se crea un nuevo registro e incluso corren peligro en los registros ya establecidos, como consecuencia de diversos fallos sistemáticos, aunque no universales. Veremos que los registros establecidos no alcanzan los objetivos del registro de derechos cuando son lentos e incompletos. Curiosamente, también fallan por ser demasiados eficaces.

La lentitud significa que se precisa mucho tiempo para obtener la inscripción registral. Entre tanto, se establece una prioridad provisional para las escrituras no inscritas, condicionada a su inscripción definitiva, de forma que, durante el tiempo que transcurre desde que se inicia el procedimiento registral hasta que se procede a la

crédito. Sin embargo, mediante la constitución de derechos reales puede sustraerse parte de ese activo al pago de los créditos obligacionales. La existencia de un registro público de esos derechos reales permite al acreedor obligacional conocer en todo momento cuál es la situación de esos activos y, en especial, el grado en el que —en virtud de hipotecas y anotaciones preventivas— queden afectos al pago de derechos ajenos, con lo que su crédito obligacional pierde prioridad y, eventualmente, valor.

⁸⁸ Refiriéndose al registro de documentos, pero en una onda similar, Epstein (1987: 18) afirma que “el sistema básico de registro de documentos se comprende mejor como una respuesta *institucional* a las debilidades estructurales de *cualquier* solución de Derecho Común [inglés] al problema de la propiedad aparente. Las soluciones de Derecho Común tratan de reducir la pérdida total adjudicándosela a una u otra parte. Las respuestas institucionales buscan eliminar la pérdida mediante un sistema más completo de control social” (Epstein, 1987: 18, énfasis en el original).

⁸⁹ Algunos modelos formales difieren en este punto cuando suponen que el registro de documentos (más el seguro de títulos) y el registro de derechos, están en pie de igualdad en cuanto a la incidencia de las reclamaciones, es decir, en el mismo nivel de defectos supervivientes. Por ejemplo, Miceli y Sirmans (1995), Miceli, Sirmans y Turnbull (1998), y Miceli, Sirmans y Turnbull (2000). Por el contrario, Miceli, Sirmans y Kieyah (2001) y Arruñada y Garoupa (2002) suponen, de forma más realista, incidencias desiguales.

inscripción, el registro de derechos funciona de hecho como registro de documentos⁹⁰. Los registros del Condado de Cook, Inglaterra y Puerto Rico padecieron retrasos crónicos en la inscripción, que tuvieron desenlaces diversos: cierre, reforma con éxito y extensión del seguro de títulos, respectivamente. La lección de estos casos es que el registro de derechos sólo puede funcionar bien con incentivos sensatos; sin embargo, los gobiernos no siempre están preparados para proporcionarlos o mantenerlos.

El carácter incompleto de los registros de derechos suele estar motivado por la existencia tanto de disposiciones legales como de resoluciones judiciales que imponen la eficacia real de derechos que no están inscritos⁹¹. Esto provoca algunas dificultades con aquellos derechos que son aparentes y fácilmente observables, y plantea un problema más grave para los de carácter abstracto (aquellos sin contacto posesorio, como son los gravámenes tácitos que se producen por ministerio de la ley; por ejemplo, los privilegios salariales o las hipotecas legales tácitas). La solución del problema se enfrenta no sólo a barreras legislativas, sino también a la resistencia judicial y de los profesionales dedicados a facilitar las transmisiones inmobiliarias. Estos profesionales tratan con ello de proteger su mercado: cuanto más débiles sean los efectos del registro de derechos, mayor será la demanda de sus servicios. El registro de derechos limita también el monopolio de los tribunales al resolver todo tipo de asuntos. Si la inscripción registral tiene carácter definitivo e inatacable, los tribunales no pueden adjudicar derechos reales, sino únicamente derechos obligacionales, y esto puede limitar su libertad para resolver sobre la base de la equidad⁹². Resulta comprensible que los tribunales tiendan a defender su monopolio, sobre todo cuando los registros no forman parte del sistema judicial, lo que sucede habitualmente, habida cuenta de que el mal funcionamiento de los tribunales ha sido quizá el principal motivo de que muchos registros de la propiedad se creasen fuera del sistema judicial. Aun cuando los registros no yerran a menudo, los jueces tienden a negar el carácter definitivo de la inscripción registral, degradando de esta forma el sistema. Estos problemas los han sufrido muchos registros y es quizás el motivo de que uno de los registros más completos, el *Grundbuch* alemán, haya estado tradicionalmente bajo la responsabilidad de los jueces⁹³.

⁹⁰ La inscripción registral de anotaciones, dando publicidad de derechos vivos pero inciertos, tiene un efecto similar (McCormack, 1992: 91), pero sólo sobre aquellos derechos afectados.

⁹¹ Rose resume esta tendencia gráficamente cuando señala los repetidos fracasos al intentar clarificar el Derecho de la Propiedad: “el legislador promulga nuevas versiones de sistemas *crystalinos* de registro sólo para que éstas sean derogadas más tarde, cuando los tribunales una vez más restablecen el *lodo* de una forma diferente” (1988: 580, énfasis añadidos). Para la historia y referencias, véanse sobre todo las pp. 585-90.

⁹² Como analiza Rose (1988, especialmente pp. 584-85 y 597-601).

⁹³ Algo parecido se ha dicho acerca del tribunal inmobiliario de Massachusetts, que es responsable de gestionar su registro Torrens: “A diferencia de lo que ha sucedido en otros estados, los tribunales de Massachusetts no han elaborado excepciones adicionales al efecto jurídicamente definitivo del certificado registral” (Shick y Plotkin, 1978: 106). Además, el registro es relativamente completo, y tiene, por ejemplo, inscripción obligatoria de linderos (p. 118).

Finalmente, los gobiernos consideran útil emplear unos registros eficaces como filtro o *gatekeeper* que asegure el cumplimiento de todo tipo de obligaciones públicas⁹⁴. Esto se ha hecho siempre de forma explícita al definir una determinada obligación legal como una carga con eficacia real. Los impuestos sobre inmuebles constituyen un antiguo ejemplo, tanto en el sistema de privacidad como en los de publicidad⁹⁵, mientras que la regulación de los usos del suelo constituye un caso más reciente. Resulta tentador para los gobiernos exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales, aunque sean menores, antes de poder registrar un derecho, otorgándoles así implícitamente un estatus real⁹⁶. Llevado al extremo, esta práctica puede empujar a los propietarios a evitar el registro. Además, cuando el público considera que las obligaciones son ineficientes, surgirá la tentación de ablandar el rigor registral, en lugar de cambiar la ley. Aunque sería injusto hacer responsable a un registro eficaz de los fallos del sistema político, está claro que este tipo de limitaciones políticas no puede olvidarse en su diseño y administración.

4. Observaciones finales

Tomando como punto de partida las ventajas que ofrecen los derechos reales en cuanto a su eficacia o *enforcement* y los costes que originan para reunir los consentimientos de quienes ostentan tales derechos, el presente trabajo explica tres características distintivas de las instituciones del Derecho de la Propiedad. Primera, el *enforcement* de los derechos reales mediante la exigencia del consentimiento de sus titulares. Segunda, el uso de una regla de “publicidad” en lugar de una regla “contractual” a la hora de establecer la prioridad de los derechos reales, lo cual hace posible su *enforcement* mediante el consentimiento. Tercera, el uso de la regla de “responsabilidad” en lugar de la regla de “propiedad” en el sistema de registro de derechos, lo cual reduce los costes de transacción y fortalece el *enforcement* de los derechos reales.

El análisis tiene una orientación positiva, ya que se centra en explicar cómo funcionan estas instituciones. No obstante, también proporciona una base para formular recomendaciones sobre el diseño y la gestión de los sistemas registrales. Esto es más cierto en relación con los principios organizativos comunes a los sistemas de publicidad,

⁹⁴ Véase Kraakman (1986) para una teoría del *gatekeeping* jurídico.

⁹⁵ Los políticos reformistas de los siglos XVIII y XIX eran conscientes de esta cuestión: sus decisiones originales de colocar los registros bajo la égida del Ministerio de Finanzas (Francia) o del Ministerio de Justicia (Alemania, España) estaban relacionadas con sus objetivos principales de convertirlos en un instrumento para la recaudación de impuestos y para la contratación privada, respectivamente.

⁹⁶ La tendencia a hacer que la información registral esté a la libre disposición del público, y no sólo de aquellos con un interés legítimo o una autorización del titular, como era acostumbrado en los registros de derechos, puede tener efectos similares, agravados por el poder de las nuevas tecnologías para reunir datos procedentes de múltiples fuentes.

que han sido establecidos y, en alguna medida, sometidos a prueba en la tercera Parte de este trabajo. Sin embargo, el análisis puede también iluminar la elección entre privacidad y publicidad, así como, dentro de la publicidad, la elección entre registro de documentos y registro de derechos.

Son éstas cuestiones fundamentales para el diseño de instituciones orientadas hacia el desarrollo económico. Siguiendo el consejo y a menudo con el apoyo de organismos de ayuda internacional, muchos países en vías de desarrollo están optando por la publicidad y, dentro de la publicidad, por el registro de derechos. Muchos de estas costosas iniciativas han fracasado, no obstante⁹⁷, y parece aconsejable un esfuerzo más ponderado. El análisis anterior, aunque sin alcanzar una conclusión en términos de eficiencia comparativa, sí pone de manifiesto que la eficiencia depende de la adaptación al entorno y de la organización. Los proyectos deben, por ello, tener en cuenta la especificidad de cada caso, en lugar de aplicar una receta universal.

Como se argumentó en la sección 1.3, la privacidad debe preferirse a la publicidad cuando el número de transacciones previstas es bajo y el riesgo de oportunismo político es alto. La presencia de ambas circunstancias suscita dudas acerca de la actual tendencia a construir sistemas exhaustivos de registro de derechos en países con escaso grado de desarrollo económico y político. En primer lugar, las ganancias que puedan resultar de un mayor volumen de transacciones inmobiliarias están probablemente demasiado limitadas por la tecnología y la carencia, en muchas áreas, de oportunidades rentables de inversión. El uso de la publicidad para determinar la titularidad encaja bien en la teoría de Demsetz (1967): al ser costosa, esta mejora en la delimitación de los derechos sólo merece la pena cuando los beneficios son mayores que los costes⁹⁸. Y los beneficios en este caso dependen fundamentalmente de la demanda efectiva de crédito garantizado y de transacciones con extraños, demanda que es a menudo incierta debido a factores no jurídicos. En segundo lugar, las potenciales pérdidas derivadas de la publicidad pueden ser también mayores de lo esperado, dado el importante riesgo de un excesivo gravamen impositivo. Ciertamente, la titulación puede hacer más seguros los derechos dudosos (a menudo, fruto de la ocupación de tierras públicas), generando efectos externos positivos (por ejemplo, estabilidad política), pero no está claro qué clase de sistema de titulación o de esfuerzo político puede alcanzar este resultado de forma más eficiente. A primera vista, las pruebas históricas son en general coherentes con el argumento. Durante mucho tiempo, las sociedades europeas dudaron respecto a la introducción de la publicidad⁹⁹.

⁹⁷ Véanse, por ejemplo, Atwood (1990), Place y Migot-Adholla (1993, 1998), y Larson, Palaskas y Tyler (1999).

⁹⁸ Las funciones de costes de los distintos sistemas registrales se analizan con detalle en Arruñada y Garoupa (2002).

⁹⁹ El conflicto, ahora corriente en países en vías de desarrollo, entre las instituciones consuetudinarias y las creadas por nuevas leyes inmobiliarias, encuentra también un paralelismo en la historia europea, en donde la publicidad fue defendida generalmente por las ciudades mientras que la nobleza se oponía a ella. Estas posiciones pueden explicarse como un conflicto de jurisdicciones. Resulta interesante el hecho de que los nobles y la Iglesia habían desarrollado sus propios registros señoriales y recaudaban tributos sobre la tierra. Comprensiblemente, se resistieron a reformas a través de las cuales el Estado estaba legitimando la propiedad y potencialmente imponiendo tributos

Cuando finalmente organizaron sistemas eficaces, en el siglo XIX, parece que lo hicieron con el fin de hacer posible el crédito hipotecario; e, incluso entonces, en la mayor parte de los países el registro de fincas se construyó con mucha lentitud, durante más de un siglo. La valoración contradictoria a que llegan los análisis empíricos de algunos proyectos actuales no resulta, por todo ello, sorprendente.

Respecto a la elección de sistema registral, el trabajo se ha centrado en los registros de documentos y de derechos en un estado de equilibrio. Esta perspectiva debe ayudar a definir políticas que adapten los sistemas existentes a las condiciones actuales, facilitando, por ejemplo, la integración vertical en la prestación de servicios de apoyo a la contratación privada. Ayuda también a evitar los principales riesgos que afectan a estos sistemas, probablemente más a los de registro de derechos, y que son la búsqueda de rentas monopolísticas por los profesionales, la oposición judicial y un mal diseño de los incentivos que pesan sobre los responsables del registro. Para la elección de un nuevo sistema, conviene, sin embargo, tener en cuenta factores adicionales. Además de los ya mencionados en el presente trabajo, necesarios para que el registro de derechos funcione correctamente, como son el disponer unos incentivos adecuados y asegurar el carácter definitivo de la inscripción, habría de prestarse atención a otros factores adicionales, que influyen en el coste de crear un nuevo sistema, como son, por ejemplo, la estructura de los derechos reales y los procedimientos de titulación preexistentes.

sobre ella de forma directa. Algo similar puede estar sucediendo ahora con las reformas en algunos países en vías de desarrollo.

EPÍLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA: LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Iniciábamos este trabajo examinando cómo la especialización de los recursos productivos se encuentra limitada por el carácter costoso de los intercambios. En su desarrollo hemos podido comprobar que la función del Derecho de la Propiedad es la de contener esos costes de intercambio para hacer posible todo tipo de transacciones sobre bienes raíces. La actuación de este Derecho se basa en hacer respetar *derechos reales* sobre los bienes, lo que significa que tales derechos no son alterables por actos de terceros. Para lograr esta inalterabilidad, el Derecho hace que la contratación de derechos reales requiera no sólo el consentimiento de transmitente y adquirente sino también el de todos los titulares de derechos reales afectados. La eficacia de los derechos reales exige la concurrencia de los consentimientos necesarios, si se quiere que sus titulares estén perfectamente protegidos.

En contrapartida, la supervivencia de los derechos reales a las sucesivas transmisiones de otros derechos actos sobre la finca gravada origina un daño potencial para los adquirentes, pues dicha supervivencia incrementa notablemente la ventaja informativa de que suelen disfrutar los vendedores sobre los compradores. Para resolver ambos problemas, todos los sistemas jurídicos modernos emplean la publicidad, ya sea de los contratos o de los derechos. Los diversos sistemas difieren, no obstante, en cuanto a la voluntariedad que conceden o no a las partes para que éstas consigan el consentimiento de los afectados antes o en el momento de contratar. Todos los ordenamientos modernos, sin embargo, motivan o requieren que los contratos que pretendan lograr efectos reales se hagan públicos. Esto hace posible que, como mínimo, el propio interés de las partes estimule la depuración *ex ante* de los derechos.

Sucede de este modo, incluso, en los registros de documentos de Francia y los Estados Unidos, que se limitan a establecer la prioridad de los títulos y a darles publicidad. Ello basta para que se desarrollen servicios de dictamen y depuración privada de los derechos, los cuales consiguen así atenuar la asimetría informativa, aunque con dos limitaciones principales. Por un lado, la depuración de los derechos es voluntaria y, por tanto, incompleta. Sobre todo, el adquirente y su asegurador no pueden fiarse de que el derecho esté efectivamente depurado. Por otro lado, aunque las partes opten por depurar los derechos, no se depura la información registral: en el registro público se conservan pruebas no sólo de los derechos vigentes, sino también de los extinguidos.

El registro de derechos, como el *Grundbuch* alemán, el *Land Register* inglés o el Registro de la Propiedad español, ofrece, en este sentido, mayor eficacia, pues la depuración de los derechos exige depurar previa o simultáneamente la información registral para aplicar los beneficios de la fe pública registral a todos los adquirentes de buena fe. A esta ventaja en términos de eficacia se opone a veces que el registro de documentos puede, sin embargo, ser más eficiente, por dos motivos. Por un lado, las partes son más libres y pueden elegir el grado y momento óptimo de información y depuración. Por otro, una mayor parte de los servicios se prestan en régimen privado.

Estos dos motivos pierden entidad, sin embargo, al examinar cómo se produce de hecho la seguridad jurídica en los países con registros de documentos.

Por lo que respecta a los beneficios que podría disfrutar el registro de documentos gracias al carácter más privado de las fases de dictamen y depuración, tales beneficios se diluyen cuando se tienen en cuenta los monopolios y las duplicidades a que da lugar. Primero, todos los registros operan en condiciones de costes decrecientes, configurando una situación de “monopolio natural”. Como consecuencia, o bien el registro informativo es público, como el francés, o, si es privado, como sucede con las *title plants* de las aseguradoras estadounidenses, se corre grave riesgo de monopolio. Segundo, alternativamente, incurre en duplicidades entre el registro de documentos y los registros informativos privados, así como, sobre todo, entre estos últimos cuando existen varios de ellos, lo que comporta un mayor coste.

Asimismo, la experiencia con numerosos sistemas registrales, tanto diseñados en el siglo XIX como en el XX, demuestra que cabe organizar la actividad de un registro de derechos como una especie de franquicia o concesión dentro de la Administración pública de tal modo que la actividad de los registradores y empleados esté regida por incentivos potentes, que pueden incluir la remuneración residual del registrador y los principales empleados, y la responsabilidad personal del registrador. Se pueden beneficiar así de la presencia de incentivos generalmente asociados a las actividades privadas.

El análisis teórico y su contraste con la evidencia empírica que proporcionan los diversos tipos de sistemas registrales nos ha permitido también identificar los requisitos organizativos comunes que ha de reunir todo sistema que pretenda ser eficaz en la producción de seguridad jurídica preventiva. Estos requisitos se centran en la necesidad de evitar de raíz la posibilidad de que se presenten aquellos conflictos de intereses que, por implicar a terceros, no sería posible controlar mediante mecanismos reputacionales, basados en la libertad de elección del usuario. Los terceros, aunque sean conocidos y, desde luego, si son desconocidos o sólo se podrá conocer su identidad en el futuro, no están en condiciones de influir en la conducta del proveedor de los servicios porque, sea cual sea el régimen jurídico, no pueden intervenir en su elección y, por tanto, no pueden castigarle si el proveedor les causa un daño.

Coherentemente, hemos constatado que en todos los países los usuarios tienen libertad para elegir proveedor de servicios de preparación documental, pero no de depuración de los derechos: eligen abogado o notario, pero no juez o registrador. Más en concreto: en todos los sistemas, ya usen registros de documentos o de derechos, impongan o no intervención notarial y utilicen o no seguro de títulos, se desarrollan por profesionales u organizaciones distintas y se rigen por pautas opuestas la preparación de los contratos entre partes, por un lado; y el registro, con efectos sobre terceros, por otro. Sucede así tanto si se trata de una mera publicidad de los documentos contractuales privados como, con más motivo, si el sistema obliga a que se depuren todas las transacciones antes de la inscripción, lo que le permite hacer publicidad directamente de los derechos reales y no solo de los documentos que los pretenden crear, como ocurre en los países con registros de derechos, como Alemania, Australia, España e Inglaterra.

Estas pautas comportan consecuencias importantes para el diseño y la regulación de los sistemas, relativas a los papeles que pueden desempeñar la competencia y la integración vertical, y a la incompatibilidad que surge entre estos dos parámetros de

diseño. En cuanto a la competencia, es factible introducirla entre quienes prestan servicios de preparación de documentos, sobre todo cuando operan grandes empresas con importantes activos reputacionales. En cambio, la organización de registros y juzgados ha de cuidar la independencia del decisor respecto a las partes para asegurar así la protección eficaz de los derechos de terceros. En este segundo caso, la libertad de elección, elemento imprescindible de la competencia, es inapropiada porque no todos los interesados pueden ejercerla. Parece inevitable, por ello, mantener algún tipo de monopolio, pese a los riesgos y costes que ello tiende a ocasionar.

El hecho de que todos los países, sin excepción, hayan optado por monopolios territoriales confirma la lógica de esta pauta organizativa. En cuanto a la integración vertical de funciones, la posible intervención de cualquier representante de parte (abogado, notario, asegurador, el propio acreedor, etc.) en la producción de efectos jurídicos sobre terceros encuentra un obstáculo insuperable en el hecho de que la libertad de elección de las partes condiciona las decisiones del elegido en contra de dichos terceros. Además, este condicionamiento será tanto mayor cuanto más potentes sea los incentivos a que da lugar la competencia entre los proveedores de los servicios. Las partes no pueden elegir a los defensores de los terceros; y menos todavía cuando esos defensores están pensados para proteger a los terceros frente a las agresiones que, contra sus derechos, puedan intentar aquellas mismas partes.

De ello se deduce la mencionada incompatibilidad estructural entre competencia e integración. En una situación de integración y competencia, se atenuarían por ello los efectos registrales hasta la misma frontera de la integración. Por ejemplo, si en un registro de derechos la depuración pasase a estar gobernada por representantes de parte (sean éstos quienes sean) mientras que la prioridad siguiese siendo establecida por registradores independientes, se transformaría dicho registro de derechos en un mero registro de documentos. Si, de modo similar y yendo un paso más allá, la prioridad también fuese determinada por los representantes de las partes, el propio registro perdería enseguida eficacia en cuanto a la prioridad, regresándose así a un sistema de contratación privada, como eran los característicos del Antiguo Régimen, antes de las revoluciones liberales del XIX.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGHION, P., y B. E. HERMALIN (1990), “Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol.6, núm. 2, pp. 381-409.
- ALSTON, L. J. (1984), “Farm Foreclosure Moratorium Legislation: A Lesson from the Past”, *American Economic Review*, vol. 74, junio, pp. 445-457.
- ALSTON, L. J., G. D. LIBECAP, y B. MUELLER (1999), *Titles, Conflict and Land Use: The Development of Property Rights and Land Reform on the Brazilian Frontier*, University of Michigan Press, Ann Arbor.
- ALSTON, L. J., G. D. LIBECAP, y R. SCHNEIDER (1996), “The Determinants and Impact of Property Rights: Land Title on the Brazilian Frontier”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 12, núm. 1, pp. 25-61.
- ANDERSON, J. S. (1992), *Lawyers and the Making of English Land Law, 1832-1940*, Clarendon Press y Oxford University Press, Oxford y Nueva York.
- ANDERSON, T. L., y D. LUECK (1992), “Land Tenure and Agricultural Productivity on Indian Reservations”, *Journal of Law and Economics*, vol. 35, octubre, pp. 427-454.
- ANDERSON, T. L., y P. J. Hill (2002), “Cowboys and Contracts”, *Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 2, parte 2, junio, pp. S489-S514.
- ARRUÑADA, B. (1996), “The Economics of Notaries”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, octubre, pp. 5-37.
- ARRUÑADA, B. (1999), “The Provision of Non-Audit Services by Auditors: Let the Market Evolve and Decide”, *International Review of Law and Economics*, vol. 19, núm. 4, diciembre, pp. 513-531.
- ARRUÑADA, B. (2000), “The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: An Efficiency Hypothesis of their Relation with Suppliers”, *Revue d’Economie Industrielle*, núm. 92, 2.º y 3.º trimestres, pp. 277-96.
- ARRUÑADA, B. (2001), “A Global Perspective on Title Insurance”, *Housing Finance International*, vol. 16, núm. 2, diciembre, pp. 3-11.
- ARRUÑADA, B. (2002), “A Transaction-Cost View of Title Insurance and its Role in Different Legal Systems”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance—Issues and Practice*, vol. 27, núm. 4, octubre, pp. 582-601. Disponible en <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?565>, visitada el 15 de diciembre de 2003.
- ARRUÑADA, B. (2003), “Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 79, núm. 680, noviembre-diciembre, pp. 3271-3289.
- ARRUÑADA, B., L. GARICANO, y L. VÁZQUEZ (2001), “Contractual Allocation of Decision Rights and Incentives: The Case of Automobile Distribution”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 17, núm. 1, pp. 256-283. Disponible en <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?424>, visitada el 15 de diciembre de 2003.

- ARRUÑADA, B., y N. GAROUPA (2002), "The Choice of Titling System in Land", Universitat Pompeu Fabra, *Economics and Business Working Paper Series*, núm. 607, febrero. Disponible en <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?607>, visitada el 15 de diciembre de 2003.
- ATWOOD, D. A. (1990), "Land Registration in Africa: The Impact on Agricultural Production", *World Development*, vol. 18, núm. 5, pp. 659-671.
- AYRES, I., y E. TALLEY (1995a), "Solomonic Bargaining: Dividing A Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade", *Yale Law Journal*, vol. 104, núm. 5, pp. 1027-1117.
- AYRES, I., y E. TALLEY (1995b), "Distinguishing Between Consensual and Nonconsensual Advantages of Liability Rules", *Yale Law Journal*, vol. 105, núm. 1, pp. 235-253.
- AYRES, I., y J. M. BALKIN (1996), "Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond", *Yale Law Journal*, vol. 106, núm. 3, pp. 703-750.
- AYRES, I., y P. M. GOLDBART (2001), "A Critique of 'Tangibility' as the Basis for Property Rules", *Yale Law & Economics Research Paper*, núm. 251, http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID262185_code010309520.pdf?abstractid=262185, visitada el 12 de julio de 2002.
- BAIRD, D., y T. JACKSON (1984), "Information, Uncertainty, and the Transfer of Property", *Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 2, pp. 299-320.
- BAKER, M., MICELI, T. J., C. F. SIRMANS, y G. K. TURNBULL (2002), "Optimal Title Search", *Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 1, enero, pp. 139-158.
- BARZEL, Y. (1997), *Economic Analysis of Property Rights*, 2.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York.
- BESLEY, T. (1995), "Property Rights and Investment Incentives: Theory and Evidence from Ghana", *Journal of Political Economy*, vol. 103, núm. 5, pp. 903-937.
- BIS-IOSCO, Bank for International Settlements-International Organization of Securities Commissions (2001), *Recommendations for Securities Settlement Systems, Consultative Report*, BIS Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS) and Technical Committee of IOSCO, enero, 2001, BIS Information, Press & Library Services, Basilea, Suiza, <http://www.bis.org/publ/cpss42.pdf>, visitada el 9 de noviembre de 2001.
- BLACKSTONE, W. (1765-1769), *Commentaries on the Laws of England*, extracto reproducido en S. F. Kurtz y H. Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, St. Paul, West, 1988, pp. 1108-1109.
- BOACKLE, K. F. (1997), *Real Estate Closing Deskbook: A Lawyer's Reference Guide & State-By-State Summary*, General Practice, Solo and Small Firm Section, American Bar Association, Chicago.
- BOSTICK, C. D. (1987), "Land Title Registration: An English Solution to an American Problem", *Indiana Law Journal*, vol. 63, pp. 55-111.
- BRAVERMAN, A., K. M. BROOKS y C. CSAKI (1993), (eds.), *The Agricultural Transition in Central and Eastern Europe and the Former U.S.S.R.*, The World Bank, Washington D. C.

- BUCHANAN, J. M., y Y. J. YOON (2000), "Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons", *Journal of Law and Economics*, vol. 43, núm. 1, abril, pp. 1-13.
- BURKE, D. B. (2000), *Law of Title Insurance*, 3.^a ed., Aspen Law and Business, Nueva York.
- CABRILLAC, M., y C. MOULY (1997), *Droit des sûretés*, 4.^a ed., LITEC, Libraire de la Cour de Cassation, París.
- CALABRESI, G., y A. D. MELAMED (1972), "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, pp. 1089-1128. Traducido al español como "Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: una perspectiva de la catedral" en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1997, vol. 50, núm. 1, pp. 187-235.
- COASE, R. H. (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, octubre, pp. 1-44. Traducido al español en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, pp. 245-274.
- COOTER, R. D. (1985), "Unity in Tort, Contract, and Property: the Model of Precaution", *California Law Review*, vol. 73, núm. 1, pp. 1-51.
- CRIBBET, J. E. (1975), *Principles of the Law of Property*, The Foundation Press, Minneola, Nueva York.
- CROSS, M. (1957), "The Record 'Chain of Title' Hypocrisy", *Columbia Law Review*, vol. 57, pp. 787-800.
- DAVIS, L. E., y D. C. NORTH (1971), *Institutional Change and American Economic Growth*, Cambridge University Press, Cambridge.
- DEMSETZ, H. (1967), "Towards a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, vol. 57, núm. 2, mayo, pp. 347-359. Traducido al español como "Hacia una teoría de los derechos de propiedad" en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, pp. 286-295; y en *Información Comercial Española*, núm. 557, enero, 1980, pp. 59-66.
- DIAMOND, A. S. (1975), *The Evolution of Law and Order*, Greenwood Press, Westport. Primera edición: Watts, 1951, Londres.
- DUKEMINIER, J., y J. E. KRIER (1998), *Property*, 4.^a ed., Aspen Law and Business, Nueva York.
- ELLICKSON, R. (1993), "Property in Land", *Yale Law Journal*, vol. 102, pp. 1315-1400.
- ELLICKSON, R. C., y C. D. THORLAND (1995), "Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 71, núm. 1, pp. 321-411.
- EPSTEIN, R. A. (1979), "Possession as the Root of Title", *Georgia Law Review*, vol. 13, pp. 1221-1243.
- EPSTEIN, R. A. (1987), "Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership", *Journal of Legal Studies*, vol. 16, núm. 1, enero, pp. 1-41.
- EPSTEIN, R. A. (1995), *Simple Rules in a Complex World*, Harvard University Press, Cambridge y Londres.
- ESPINOZA SORIANO, W. (1997), *Los incas: Economía, sociedad y estado en la era del Tahuantinsuyo*, 3.^a ed., Amaru Editores, Lima.

- FDC, Federal Trade Commission (1999), *Annual Report to Congress. Fiscal Year 1998*, Department of Justice Antitrust Division, Washington DC, <http://www.ftc.gov/bc/hsr/98annrpt/hsr98annual.htm>, visitada el 2 de junio de 2001.
- FINLEY, M. I. (1952), *Studies in Land and Credit in Ancient Athens, 500-200 B.C.: The Horos-Inscriptions*, Rutgers University Press, New Brunswick, NJ.
- FINLEY, M. I. (1953), "Land, Debt and the Man of Property in Classical Athens", *Political Science Quarterly*, vol. 68, pp. 249-268. Reproducido en M. I. Finley, *Economy and Society in Ancient Greece*, Chatto & Windus, Londres, 1981, pp. 62-76.
- FINLEY, M. I. (1965), "Debt-Bondage and the Problem of Slavery", *Revue historique de droit français e étranger*, vol. 43, pp. 159-184. Se ha usado la traducción inglesa revisada, publicada como Capítulo 9 of M. I. Finley, *Economy and Society in Ancient Greece*, Chatto & Windus, Londres, 1981, pp. 150-166.
- HANSMANN, H., y M. SANTILLI (1997), "Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 1, enero, pp. 95-143.
- HANSMANN, H., y M. SANTILLI (2001), "Royalties for Artists Versus Royalties for Authors and Composers", *Journal of Cultural Economics*, vol. 5, pp. 259-281.
- HANSMANN, H., y R. KRAAKMAN (2000), "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal*, vol. 110, núm. 3, diciembre, pp. 387-440.
- HANSMANN, H., y R. KRAAKMAN (2002), "Property, Contract, and Verification: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights", *Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 2, parte 2, junio, pp. S373-S420.
- HELLER, M. A. (1998), "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, vol. 111, núm. 3, pp. 621-688.
- HELLER, M. A. (1999), "The Boundaries of Private Property", *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6, pp. 1163-1223.
- HELLER, M. A., y R. S. EISENBERG (1998), "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research", *Science*, vol. 280, mayo, pp. 698-701.
- HMLR, Her Majesty Land Registry (1996), "Registration of Title to Land Its Characteristics and Advantages", *Explanatory Leaflet*, núm. 1, enero, Londres.
- HOEBEL, E. A. (1979), *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Atheneum, Nueva York. Primera edición: Harvard University Press, 1954, Cambridge.
- HOSMER, D. W., y S. LEMESHOW (2000), *Applied Logistic Regression*, 2.^a ed., Wiley, Nueva York.
- HUD, United States Department of Housing and Urban Development (2000), "Buying Your Home: Settlement Cost and Useful Information", versión revisada en julio de 2000 (primera versión: junio, 1997), Washington, DC, <http://www.hud.gov/fha/sfh/res/sfhrestc.html>, visitada el 3 de junio de 2001.
- ICANN, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (1999), "Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy", (política adoptada el 26 de agosto de 1999), <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm>, visitada el 12 de noviembre de 2001.

- JACKSON, T. C. (1908), *Justinian's Digest (Book 20) with an English Translation and an Essay on the Law of Mortgage in the Roman Law*, Sweet and Maxwell, Londres.
- JANCZYK, J. T. (1977), "An Economic Analysis of the Land Systems for Transferring Real Property", *Journal of Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, pp. 213-233.
- JANCZYK, J. T. (1979), "Land Title Systems, Scale of Operations, and Operating and Conversion Costs", *Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, enero, pp. 569-583.
- JOHNSON, H. (1966), "The Nature of Title Insurance", *Journal of Risk and Insurance*, vol. 33, pp. 393-410.
- JONG, J. de (1998), "Access to Geo-information in the Netherlands; a Policy Review", en J. Zevenbergen, *Free accessibility of geo-information in the Netherlands, the United States and the European Community*, Actas del seminario celebrado el 2 de octubre de 1998, Delft University, Department of Geodesy, Delft University Press. Disponible en <http://www.euronet.nl/users/ravi/proceed210.html>, visitada el 2 de june de 2001.
- KAPLOW, L., y S. SHAVELL (1995), "Do Liability Rules Facilitate Bargaining? A Reply to Ayres and Talley", *Yale Law Journal*, vol. 105, núm. 1, pp. 221-233.
- KAPLOW, L., y S. SHAVELL (1996), "Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis", *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 4, pp. 713-790.
- KOHLER, J. (1996), "The Law of Rights in Rem", en Werner F. Ebke y Matthew W. Finkin, eds., *Introduction to German Law*, Kluwer, La Haya, , pp. 227-250.
- KOLBERT, C. F., y N. A. M. MACKAY (1977), *History of Scots and English Land Law* (basada en *The Principles of Scots and English Land Law*, por C. d' O. Farran), Geographical Publications, Berkhamsted.
- KONIG, D. T. (1974), "Community Custom and the Common Law: Social Change and the Development of Land Law in Seventeenth-Century Massachusetts", *The American Journal of Legal History*, vol.18, pp. 137-177.
- KRAAKMAN, R. H. (1986), "Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 2, pp. 53-105.
- LA PORTA, R., F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, y R.W. VISHNY (1999), "The Quality of Government", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 15, núm. 1, pp. 222-279.
- LAFFONT, J.-J., y J. TIROLE (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, MA.
- LARSON, J. B. M., T. PALASKAS y G. TYLER (1999), "Land Titling and Technical Efficiency among Small Coffee Producers in Honduras", *Canadian Journal of Development Studies*, vol. 20, núm. 2, pp. 361-82.
- LEVMORE, S. (1987), "Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser", *Journal of Legal Studies*, vol. 16, enero, pp. 43-65.
- LEVY, B., y P. T. SPILLER (1994), "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation", *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 10, núm. 2, pp. 201-246.
- LIPSHUTZ, N. R. (1994), *The Regulatory Economics of Title Insurance*, Praeger, Westport, Conn.

- LOWIE, R. H. (1920), *Primitive Society*, Liveright Pub. Corp., 1947, Nueva York.
Primera edición: Boni and Liveright, 1920, Nueva York.
- MANNING, J. G. (1995), “Demotic Egyptian Instruments of Transfer as Evidence for Private Ownership of Real Property”, *Chicago-Kent Law Review*, (Symposium on Ancient Law, Economics & Society, part 2), vol. 71, núm. 1, invierno, pp. 237-268.
- MANNING, J. G. (2003), “Private Property Rights and the Conveyance of Land: Property Rights in Land under the Ptolemies—Documentary evidence for Conveyances—Upper Egyptian conveyance of Land State Regulation of Conveyance”, Stanford University, borrador, próxima publicación como capítulo 6 en J. G. Manning, *Land and Power in Ptolemaic Egypt: The Structure of Land Tenure 332-30 BCE*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MARICONDA, G. (1990), “La trascrizione”, en Pietro Rescigno, dir., *Trattato di Diritto Privato*, vol. 19, tomo I, UTET, Torino.
- MCA, Massachusetts Conveyancers Association (2001), “Deregistration Bill Passes”, *The Conveyancer, Newsletter of the Massachusetts Conveyancers Association*, vol. 20, núm. 1, invierno,
<http://www.massconveyancers.org/newsletters/winter01/deregistration.htm>, visitada el 4 de mayo de 2002.
- MCCORMACK, J. L. (1992), “Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age”, *William Mitchell Law Review*, vol. 18, pp. 61-129.
- MCDUGAL, M. S., y J. W. BRABNER-SMITH (1939), “Land Title Transfer: A Regression”, *Yale Law Journal*, vol. 48, núm. 7, mayo, pp. 1125-1151.
- MERRILL, T. W., y H. E. SMITH (2000), “Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle”, *Yale Law Journal*, vol. 110, núm. 1, octubre, pp. 1-70.
- MERRILL, T. W., y H. E. SMITH (2001a), “The Property/Contract Interface”, *Columbia Law Review*, vol. 101, núm. 4, mayo, pp. 773-852.
- MERRILL, T. W., y H. E. SMITH (2001b), “What Happened to Property in Law and Economics?”, *Yale Law Journal*, vol. 111, núm. 2, pp. 357-398.
- MICELI, T. J., C. F. SIRMANS y G. K. TURNBULL (2000), “The Dynamic Effects of Land Title Systems”, *Journal of Urban Economics*, vol. 47, núm. 3, pp. 370-89.
- MICELI, T. J., C. F. SIRMANS, y G. K. TURNBULL (1998), “Title Assurance and Incentives for Efficient Land Use”, *European Journal of Law Economics*, vol. 6, núm. 3, pp. 305-323.
- MICELI, T. J., C. F. SIRMANS, y J. KIEYAH (2001), “The Demand for Land Title Registration: Theory with Evidence from Kenya”, *American Law and Economics Review*, vol. 3, pp. 275-287.
- MICELI, T. J., H. MUNNEKE, C. F. SIRMANS, y G. K. TURNBULL (2002), “Title Systems and Land Values”, *Journal of Law and Economics*, vol. 45, núm. 2, octubre, pp. 565-582.
- MICELI, T. J., y C. F. SIRMANS (1995), “The Economics of Land Transfer and Title Insurance”, *Journal of Real Estate Finance and Economics*, vol. 10, núm. 1, pp. 81-88.

- MUELLER, M. (2001), "Rough Justice: An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy", Syracuse University School of Information Studies, Center for Science and Technology, 9 de noviembre, <http://dcc.syr.edu/roughjustice.pdf>, visitada el 18 de noviembre de 2001.
- NORTH, D. C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NORTH, D. C., y R. P. THOMAS (1973), *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NYCE, C., y M. M. BOYER (1998)", "An Analysis of the Title Insurance Industry", *Journal of Insurance Regulation*, vol. 17, núm. 2, invierno, pp. 213-256.
- O'CONNOR, P. (2003), "Registration of Title in England and Australia: A Theoretical and Comparative Analysis", en E. Cooke (ed.), *Modern Studies in Property Law*, vol. 2, Hart Publishing, Oxford, pp. 81-99.
- OLIVER y ESTELLER, B. (1892), *Derecho inmobiliario español: Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria* (tomo I), Sucesores de Rivadeneyra, Madrid.
- PALOMAR, J. D. (2000), *Title Insurance Law*, St. Paul, West. Primera edición, 1994. Última revisión, 6 de julio de 2000.
- PATAULT, A.-M. (1989), *Introduction historique au droit des biens*, Presses Universitaires de France, París.
- PICOD, Y. (1999), *Sûretés: Publicité foncière*, 7.^a ed., en H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud and F. Chabas (eds.), *Leçons de Droit Civil*, vol. 1, tome 3, Montchrestien, París.
- PIEDELIEVRE, S. (2000), *La publicité foncière*, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, París.
- PLACE, F., y P. HAZELL (1993), "Productivity Effects of Indigenous Land Tenure Systems in Sub-Saharan Africa", *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 75, febrero, pp. 10-19.
- PLACE, F., y S. E. MIGOT-ADHOLLA (1998), "The Economic Effects of Land Registration on Smallholder Farms in Kenya: Evidence from Nyeri and Kakamega Districts", *Land Economics*, vol. 74, núm. 3, agosto, pp. 360-73.
- POLANYI, K. (1944), *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Beacon Hill, Boston.
- POSNER, E. A., R. HYNES, y A. MALANI (2001), "The Political Economy of Property Exemption Laws", Law School, University of Chicago, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, núm. 136 (serie 2), 19 de septiembre de 2001, <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, visitada el 26 de mayo de 2002.
- POTTAGE, A. (1998), "Evidencing Ownership", en Susan Bright y John Dewar (eds.), *Land Law: Themes and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, pp. 129-150.
- POWELL, R. R. B. (1938), *Registration of the Title to Land in the State of New York, with supplements as to experience elsewhere, prepared by Richard R. Powell for the New York law society, under a grant from the Carnegie corporation, Lawyers co-operative publishing company*, Rochester, Nueva York.

- POWELSON, J. P. (1988), *The Story of Land: A World History of Land Tenure and Agrarian Reform*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge.
- ROSE, C. M. (1988), "Crystals and Mud in Property Law", *Stanford Law Review*, vol. 40, febrero, pp. 577-610.
- SARTON, P. (2000), *Conveyancing*, 3.^a ed., Macmillan, Londres.
- SHAVELL, S. (1997), "The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 575-612.
- SHICK, B., y I. PLOTKIN (1978), *Torrens in the United States: A Legal and Economic Analysis of American Land Registration Systems*, D.D. Heath and Co., Lexington, MA. y Toronto.
- SILVER, M. (1995), *Economic Structures of Antiquity*, Contributions in Economics and Economic History, núm. 159, Greenwood Press, Westport.
- SILVERMAN, F. (2001), *Conveyancing Handbook 2001*, 8.^a ed., Law Society Publishing, Londres.
- SOTO, H. de (1989), *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*, Nueva York: Harper & Row. (Versión en español con Enrique Ghersi, Mario Ghibellini, e Instituto Libertad y Democracia con el título *El otro sendero: la revolución informal*, El Barranco, 1986, Lima).
- SOTO, H. de (2000), *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, Nueva York.
- SPARKES, P. (1999), *A New Land Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland.
- STEIN, R. T. J., y M. A. STONE (1991), *Torrens Title*, Butterworths, Sidney.
- STRAW, Jr., R. L. (1967), "Off-Record Risks for Bona Fide Purchasers of Interests in Real Property", *Dickinson Law Review*, vol. 72, pp. 35-90.
- SULEIMAN, E. N. (1987), *Private Power and Centralization in France: The Notaries and the State*, Princeton University Press, Princeton.
- TROISTER, S. H., y K. A. WATERS (1996), "Real Estate Conveyancing in Ontario: A Nineties Perspective", *mimeo*, informe solicitado por Lawyers' Professional Indemnity Company, Septiembre, Toronto.
- UN-ECE, United Nations Economic Commission for Europe (2000), *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*, impreso y publicado por cuenta de UNECE Working Party on Land Administration por Her Majesty's Land Registry Londres, mayo, partes 1 y 2,
http://www.landreg.gov.uk/publications/wpla/wpla_inv2_p1.pdf y
http://www.landreg.gov.uk/publications/wpla/wpla_inv2_p2.pdf, visitada el 23 de junio de, 2001.
- VILLANI, K., y J. SIMONSON (1982), "Real Estate Settlement Pricing: A Theoretical Framework", *American Real Estate and Urban Economics Association Journal*, vol. 10, núm. 3, otoño, pp. 249-275.
- WATSON, A. (1984), *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Aalen: Scientia. Primera edición: Oxford University Press, 1968, Oxford.
- WEILL, A. (1979), *Droit civil: Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, París.

- WHALAN, D. J. (1982), *The Torrens System in Australia*, Law Book Company, Sidney.
- WILLIAMSON, O. E (1976), “Franchise Bidding for Natural Monopoly—In General and with Respect to CATV”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 7, primavera, pp. 73-107.
- WORLD BANK (2001), “Land Policy and Administration: Lessons Learned and New Challenges for the World Bank’s Development Agenda”, *Background Paper* for the On-line Conference on Land Policy, <http://wbln0018.worldbank.org/essd/rdv/vta.nsf/Gweb/landpolicy>, visitada el 2 de junio de 2001.