

La fabricación de la propiedad

Benito Arruñada

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra. Barcelona

Para que los ciudadanos podamos contratar en el mercado es preciso que el sistema jurídico defina derechos estandarizados y seguros sobre los bienes. Tanto el antiguo sistema romanista de “privacidad” como los “registros de documentos” que aún funcionan en Francia, Italia o los Estados Unidos son incapaces de satisfacer esa demanda de derechos estandarizados y seguros. Están más cerca de conseguirlo los “registros de derechos” vigentes en Alemania, Inglaterra o España, cuyo impacto es por ello comparable al que supuso en su día fabricar productos industriales en serie, usando piezas intercambiables. Veamos cómo este símil fabril se apoya tanto en la estructura de ambos sistemas productivos como en la comparación empírica de sus costes.

Costes y beneficios de los derechos reales¹

Cuando la ley otorga eficacia *real* a un derecho, exige el consentimiento de su titular para que tal derecho pueda resultar dañado por terceros. Esta exigencia de consentimiento asegura el goce pacífico de los derechos sobre bienes duraderos. Por el contrario, la eficacia en la ejecución o, por abreviar, la “ejecutividad” de los derechos de crédito depende de la solvencia de las personas, que suelen sustraerse a las resoluciones judiciales cuando se pretende obligarlas a pagar. Constituido sobre bienes duraderos, un derecho real resulta, por tanto, más valioso que un derecho de crédito que tenga el mismo contenido.

Esta ejecutividad real comporta, sin embargo, un coste notable cuando existen derechos múltiples sobre un mismo bien: las transacciones entre las partes no transmiten derechos con el alcance real deseado hasta que no hayan consentido los titulares de todos los derechos reales afectados por dichas transacciones. En consecuencia, para crear derechos reales perfectos ha de llevarse a cabo una “contratación” secundaria entre las partes que celebran la transacción y quienes ostenten derechos reales afectados por ella, a fin de que estos últimos presten su consentimiento.

Los derechos reales originan así efectos positivos y negativos. Por un lado, garantizan la eficacia de los derechos, pues se precisa el consentimiento de sus titulares para que puedan verse afectados. Por otro lado, en cambio, la supervivencia de los derechos reales exige disponer instituciones que faciliten la búsqueda, negociación y contratación de los consentimientos, y dedicar recursos para llevar a cabo todas estas tareas. En particular, la posible existencia de derechos reales ocultos aumenta la “asimetría de información” entre los transmitentes, debido a que el vendedor sabe más acerca de los derechos ocultos que el comprador. En general, los costes de transformación y de transmisión de los derechos reales aumentan porque es difícil saber qué derechos reales potencialmente conflictivos tienen validez, descubrir quiénes son sus titulares, negociar su consentimiento y formalizar el acuerdo. De no remediarlo, este aumento en los costes de transacción obstaculizaría la inversión, el comercio y, en suma, la especialización de los recursos afectados.

¹ Las cuatro primeras secciones se desarrollan con mayor profundidad en Benito Arruñada, “Property Enforcement as Organized Consent”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 401-444, principalmente pp. 403-423.

La privacidad como marco de referencia

Conforme a la tradición romanista, los contratos sobre inmuebles podían tener efectos reales frente a terceros incluso si se mantenían en secreto. En caso de conflicto, los tribunales decidían 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 imposible reunir el consentimiento de todos los terceros afectados. Las transacciones sobre inmuebles daban así lugar, total o parcialmente, a derechos de crédito, y no se alcanzaban los beneficios que puede proporcionar la ejecutividad de los derechos reales, especialmente respecto a derechos de naturaleza abstracta, como la hipoteca. Todo ello obstaculizaba notablemente el comercio y la especialización productiva.

En esas condiciones, se empleaba como paliativo, junto con la posesión, la “cadena” de escrituras, dependencia ésta que justificaba en alguna medida la especial posición que disfrutaban los profesionales encargados de redactar o autenticar los contratos. Sin embargo, por muchos paliativos que se utilizasen, los costes de contratar eran elevados y los derechos heterogéneos e inseguros. Para evitarlo, los sistemas jurídicos modernos han optado por abandonar la privacidad y requerir la publicidad de los contratos para que éstos puedan alcanzar efectos reales, de modo que si los titulares de derechos los mantienen ocultos, pierden o se arriesgan a perder efectos reales. Los contratos privados pueden crear obligaciones entre las partes², pero no obligan a terceros, esto es, a los restantes titulares de derechos sobre la misma cosa y, en especial, a los futuros adquirentes. La publicidad permite así averiguar qué derechos reales existen e identificar cuáles se ven afectados por la transacción, de modo que ya es posible obtener el consentimiento *ex ante*, purgando en su caso posibles titularidades contradictorias.

El registro de documentos

Las soluciones aplicadas varían sustancialmente respecto al modo y momento en que se depuran las posibles contradicciones. Los modelos básicos son los registros de documentos y de derechos.

El registro de documentos, que se utiliza aún, por ejemplo, en la mayoría de los Estados Unidos, Francia e Italia, es el sistema más simple. Consiste en que una oficina pública conserve pruebas de los contratos privados, pruebas en las que se basarán los tribunales eventualmente para adjudicar los derechos en litigio. En la práctica, para la efectividad del sistema es esencial que los tribunales concedan las reivindicaciones en función de la fecha de registro, y no de la fecha del propio documento. Esta regla de prioridad registral estimula a las partes a registrar, por miedo a perder su titularidad, pues si una segunda venta entrara antes en el registro, adquiriría prioridad sobre la primera, la cual perdería su estatus real. Como consecuencia de este interés en registrar, todas las pruebas relevantes son de acceso público mediante la consulta del registro (y, en su caso, la inspección de la posesión), ya que, desde el punto de vista de los terceros, los únicos títulos relevantes son los depositados en el registro. Pueden existir contratos que, no estando registrados, tengan efectos entre las partes, pero carecen de efectos frente a terceros.

² Las escrituras y *deeds* son privadas en el sentido de que carecen de efectos sobre terceros, sin perjuicio de que en algunos países gocen de eficacia probatoria especial cuando reúnen ciertos requisitos formales.

Esta exhaustividad del registro hace posible que los adquirentes dispongan de información aceptable acerca de la calidad de los títulos sin más que contratar a un experto para que examine todos los documentos relevantes, que son sólo aquellos presentados en el registro. Estos expertos configuran todo un sector de actividad profesional que adopta formas distintas en cada país (principalmente, el notariado de países con registro de documentos, como Francia, y el seguro de títulos estadounidense³), pero que ejercen en esencia las mismas funciones: reducir la asimetría de información entre las partes, trasladar parte del riesgo económico al dictaminador, y permitir que los defectos de cualquier clase que éste detecte en el título puedan eliminarse antes de contratar mediante el consentimiento de los afectados. Si, una vez detectados, tales defectos no se eliminan, el adquirente renunciará a la transacción; o bien insistirá en modificar su contenido, reduciendo el precio o incluyendo garantías adicionales contra posibles reivindicaciones contradictorias con los derechos que le pretendían transmitir.

No obstante, pese a estos incentivos privados para depurar los derechos *ex ante*, el registro de documentos puede contener pruebas de derechos potencialmente contradictorios, ya que este tipo de registro acepta todas las escrituras que cumplan ciertos requisitos formales (en esencia, que contengan la fecha y el nombre de los contratantes), respeten o no la legalidad y colisionen o no con otros derechos reales. Por este motivo, el registro contiene tres clases de escrituras: (1) las que resultan de transacciones efectuadas sin contar con un examen previo de los posibles defectos de titularidad; (2) las otorgadas después de un examen, pero sin haber eliminado los defectos; y (3) las que definen derechos reales depurados y no contradictorios. En consecuencia, quienes dictaminan sobre una finca han de examinar para cada transacción todas las escrituras otorgadas dentro del plazo efectivo de prescripción, pues desconocen a priori cuál es su calidad.

El registro de derechos

Los registros de derechos, como el Registro de la Propiedad español o los de Alemania, Australia o Inglaterra, van un paso más allá de la mera publicidad de los documentos potencialmente acreditativos de los derechos, pues aseguran los propios derechos, para lo cual depuran plenamente los derechos reales antes de inscribirlos.

Como sucede en el registro de documentos, los titulares adquieren prioridad cuando “presentan” sus documentos en el registro. A continuación, estos documentos son, sin embargo, “calificados” por el Registrador, con el fin de detectar cualquier conflicto que pueda perjudicar otros derechos reales. De este modo, los derechos únicamente se inscriben (retrotrayendo sus efectos a la fecha de presentación) cuando el Registrador determina que no se ve afectado ningún otro derecho real, o que quienes ostentan derechos afectados han prestado su consentimiento. En otro caso, si el Registrador detecta una contradicción o defecto, deniega la inscripción y las partes tienen que reestructurar su contrato u obtener los consentimientos correspondientes.

Como consecuencia, la información del registro está siempre depurada. Además, dado que cualquier contradicción se depura *ex ante*, al realizar cada transacción, el registro de derechos es capaz de proporcionar titularidades definitivas e irrevocables, en el sentido de que el tercero de buena fe que adquiriera sobre la base de la información suministrada por el

³ Sobre el seguro de títulos, véase Benito Arruñada, “A Transaction-Cost View of Title Insurance and its Role in Different Legal Systems”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 27, núm. 4, octubre, 2002, pp. 582-601.

registro adquiere un derecho real, inatacable. Si posteriormente resultase probado que un derecho antecedente era defectuoso, el tercero conservaría el derecho real y el verdadero propietario obtendría sólo un derecho de crédito contra el vendedor y, en su caso, el propio registro.

Análisis comparado

La superioridad del registro de derechos es clara en cuanto a la calidad de sus productos: no sólo asegura perfectamente la propiedad del titular⁴, sino que reduce de forma drástica el coste de las transacciones futuras. El propietario tiene entonces incentivos óptimos para invertir y, cuando transmite su derecho, esa transacción ya no requiere un costoso análisis jurídico de los antecedentes, sino que el registro certifica con exactitud quién es el propietario. En el fondo, este tipo de registro sustituye la manufactura “artesanal” de unos derechos de calidad heterogénea por una producción “industrial” de derechos que, gracias a su calidad uniforme y sin defectos, pueden circular como *commodities* en el mercado, al ser fáciles de contratar incluso entre agentes anónimos.

Además, estos beneficios no se refieren sólo a las compraventas de inmuebles, sino también al abaratamiento del crédito mediante el uso de los inmuebles como garantía. El acreedor hipotecario viene a ser un adquirente condicionado del inmueble: el valor de su garantía depende de que el deudor sea realmente el propietario del bien, de que no existan hipotecas preferentes y de que, en caso de insolvencia, la hipoteca sea fácil de ejecutar. Por lo tanto, la hipoteca sólo es viable y ejecutable con rapidez cuando la propiedad está clara, como sucede en los registros de derechos. En otro caso, la hipoteca añade menos seguridad y, por lo tanto, los créditos son mucho más costosos, lo que redundaría en unos menores volúmenes de crédito e inversión, una peor asignación de los recursos, y, en última instancia, un menor grado de desarrollo.

Estudios como los llevados a cabo por la Federación Hipotecaria Europea (EMF) empiezan a iluminar estas cuestiones empíricamente, como podemos observar en el Cuadro adjunto. Por un lado, los registros de derechos son notablemente superiores en cuanto al valor y calidad de los servicios registrales. Baste con señalar al respecto que la ejecución hipotecaria es notablemente más costosa y lenta en países con registros de documentos, como indica la última fila del cuadro anexo. El registro de derechos facilita la ejecución porque proporciona una información ya depurada sobre cuáles son los derechos vigentes y su prioridad. Entre otros, facilita el cálculo de lo adeudado, establece de forma fidedigna la prioridad de las distintas hipotecas, y evita posibles litigios relacionados con la titularidad, los poderes y la capacidad de los contratantes. En otros términos: hace posible que las causas de oposición estén muy tasadas.

Por otro lado, los registros de derechos consiguen costes de transacción jurídicos mucho menores que los registros de documentos: en países con registros de derechos, contratar una compraventa financiada con hipoteca cuesta en promedio tan sólo el 0,82% del valor del bien, frente al 4,15% promedio que comporta dicha operación en países con registros de documentos. Asimismo, los registros de derechos no sólo reducen, como era de esperar, los costes incurridos para salvaguardar privadamente las transacciones mediante el empleo de

⁴ Nótese que, por lo graves de sus efectos, el registro de derechos ha de funcionar sin errores, un poco al estilo de los modernos sistemas de fabricación industrial “cero defectos”. Si incurriese en un número apreciable de errores, los jueces pronto dejarían de proteger a los terceros adquirentes y se transformaría, en el mejor de los casos, en un mero registro de documentos.

abogados y notarios⁵, sino que incluso funcionan ellos mismos a un coste inferior al de los registros de documentos⁶. Además, estas cuantiosas diferencias porcentuales se traducen en sumas gigantescas a escala macroeconómica. Tan sólo como referencia de su orden de magnitud, cabe apuntar que si, permaneciendo todo lo demás igual, España pasase a un registro de documentos, el coste jurídico anual de las transacciones inmobiliarias españolas (compraventas e hipotecas) aumentaría, con base en los datos anteriores, en una cuantía equivalente al uno por ciento de nuestro Producto Interior Bruto⁷.

La razón de estas diferencias en el valor y el coste de los servicios registrales es tecnológica. El registro de derechos emplea pautas similares a las que caracterizan a la moderna producción industrial: evita los defectos de raíz, lo que le permite “fabricar” derechos seguros y homogéneos. Por el contrario, el registro de documentos permite que los defectos no se corrijan, que se evidencien las transacciones de forma artesanal y heterogénea, y que se acumulen defectos y evidencias en unas cadenas de escrituras que, con cada transacción, se tornan más complejas y ha de ser examinadas en su integridad. Como, por otra parte, en las economías modernas las transacciones son cada vez más frecuentes y los bienes más valiosos, lo que aumenta la demanda de seguridad, se comprende que casi todos los países estén avanzando hacia la creación o el fortalecimiento de registros de derechos⁸.

⁵ Coste que pasa de un promedio para compraventas del 1,90% en los registros de documentos al 0,36% en los registros de derechos; y del 1,13% al 0,14%, respectivamente, para las hipotecas.

⁶ En concreto, la diferencia en los costes de ambos tipos de registros es del 0,9 al 0,1%, en compraventas, y del 0,23% al 0,22% en hipotecas.

⁷ Con los datos de la EMF, resulta una cifra del 1,14% del PIB al aplicar las diferencias en los promedios de los costes de transacción jurídicos en países con ambos tipos de registro al valor total de las respectivas transacciones efectuadas en España en 2004. La estimación depende de numerosos supuestos, pero, con todo, nos informa de la importancia que entraña el contar con un registro moderno. Por ejemplo, si, en vez de usar costes medios, nos comparamos con Francia, la diferencia sería aún del 0,47% del PIB, mientras que, si nos comparamos con Italia, aumentaría al 2,28%. Por lo tanto, si bien el rango de la estimación es muy amplio, su magnitud es en todo caso importante. El efecto de otros supuestos es más difícil de cuantificar, pero su impacto parece menor. Por ejemplo, si pudiésemos considerar la elasticidad-precio no es probable que la estimación se moviera sustancialmente, porque los costes jurídicos representan en España una pequeña parte de los costes totales de transacción, que son en su mayor parte impuestos. Asimismo, si contemplásemos las tarifas en toda la distribución de transacciones, no sería de esperar un cambio drástico, pues las tarifas son generalmente regresivas. Ciertamente, la supuesta “burbuja” inmobiliaria española tiende a inflar la estimación, pero sólo en la medida en que los precios actuales se separen de los valores reales. Por último, si bien parte de las diferencias de costes podrían obedecer a diferencias de rentas, incluso porque las mismas causas que generan apropiación de rentas pudieran estar impidiendo la innovación tecnológica (esto es, la transición a un registro de derechos), sabemos que los agentes económicos tienden a disipar buena parte de las rentas para capturarlas, lo que origina costes reales y no sólo una mera redistribución de riqueza.

⁸ Baste mencionar la transformación de los principales registros canadienses o la Land Registration Act promulgada en Inglaterra en 2002, así como las numerosas iniciativas en países en vías de desarrollo.

Costes de transacción relacionados con la compraventa de una residencia y un préstamo hipotecario
(para una operación estándar, y expresados en porcentaje del valor de la propiedad, año 2004)

	<i>Países con registro de derechos</i>					<i>Países con registro de documentos</i>				<i>Países con registros de derechos</i>	<i>Países con registros de documentos</i>
	<i>Dinamarca</i>	<i>Alemania</i>	<i>España</i>	<i>Suecia</i>	<i>Reino Unido</i>	<i>Bélgica</i>	<i>Grecia</i>	<i>Francia</i>	<i>Italia</i>		
<i>Compraventa:</i>											
Honorarios de abogado o notario	0,5%	0,5%	0,4%	0,0%	0,4%	2,2%	2,2%	1,2%	2,0%	0,36%	1,9%
Registro de la Propiedad	0,1%	0,2%	0,1%	0,0%	0,1%	0,0%	0,5%	0,1%	3,0%	0,1%	0,9%
Impuestos	0,6%	3,5%	7,5%	1,5%	1,0%	12,5%	9,0%	5,1%	4,0%	2,82%	7,65%
Otros	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,1%	0,0%	0,0%	0,4%	0,0%	0,04%	0,1%
Costes de transacción totales de la compraventa	1,2%	4,2%	8,0%	1,6%	1,6%	14,7%	11,7%	6,8%	9,0%	3,32%	10,55%
<i>Préstamo:</i>											
Tasación	0,0%	0,0%	0,1%	0,0%	0,3%	0,1%	0,1%	0,0%	0,5%	0,08%	0,18%
Honorarios de abogado o notario	0,1%	0,2%	0,4%	0,0%	0,0%	1,6%	0,0%	0,9%	2,0%	0,14%	1,13%
Registro de la Propiedad	0,1%	0,1%	0,1%	0,8%	0,0%	0,0%	0,5%	0,1%	0,3%	0,22%	0,23%
Impuestos	1,5%	0,0%	0,6%	0,0%	0,0%	0,8%	0,0%	0,1%	0,0%	0,42%	0,23%
Otros	0,4%	0,0%	0,4%	0,0%	0,0%	0,0%	0,8%	0,0%	0,0%	0,16%	0,2%
Costes de transacción totales del préstamo	2,1%	0,3%	1,7%	0,8%	0,3%	2,5%	1,4%	1,0%	2,8%	1,04%	1,93%
<i>Coste de transacción jurídicos*</i>	0,8%	1,0%	1,0%	0,8%	0,5%	3,8%	3,2%	2,3%	7,3%	0,82%	4,15%
<i>Costes de transacción totales</i>	3,3%	4,5%	9,7%	2,4%	1,9%	17,1%	13,0%	7,8%	11,8%	4,36%	12,43%
Plazo de ejecución hipotecaria (promedio en meses)**	6	9	8	5,5	10	27	13,5	14	72	7,70	31,63

Notas:). * Incluye abogados, notarios y registros. Elaboración propia con datos de la Federación Hipotecaria Europea (*Study on the Cost of Housing in Europe*, Bruselas, 2006, p. 20; salvo ** *Efficiency of Mortgage Collateral in the European Union*, Bruselas, 2002).