

# Organización del registro de la propiedad en países en desarrollo

Artículo publicado en *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, 1(1), Diciembre de 2003, 49-77.

## Índice

1. Finalidad y estructura del trabajo.....	2
2. La función de los registros: el <i>enforcement</i> de los derechos de propiedad.....	2
3. Pautas organizativas de los registros.....	5
3.1. Producto y mercado: libertad de elección, integración de funciones e independencia .....	5
3.2. El diseño de la organización prestadora de los servicios .....	7
4. La debilidad regulatoria del sistema .....	11
4.1. Visión general.....	11
4.2. Un ejemplo de regulación: el tratamiento del rigorismo registral.....	13
5. Puntos críticos en la aplicación del sistema en países en vías de desarrollo .....	16
5.1. El arranque del sistema.....	17
5.2. El mantenimiento del sistema.....	17
5.3. El papel del pago por servicio .....	19
6. Consideración final .....	20

---

<sup>1</sup> Catedrático de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra (Trías Fargas, 25; 08005-Barcelona, benito.arrunada@upf.edu, <http://www.econ.upf.es/~arrunada>). Un borrador preliminar del presente trabajo fue presentado en el Seminario sobre “La reforma del Estado en América Latina” organizado por los Ministerios españoles de Economía y Hacienda, de Administraciones Públicas y de Justicia, y por el Banco Mundial, y celebrado en Madrid los días 14 a 18 de octubre de 1996. El autor agradece los comentarios recibidos en su día de los asistentes a dicho acto, así como el apoyo del MCYT a través de los proyectos SEC99-1191 ay SEC2002-04471-C02-02. En la medida en que este artículo reúne y aplica al problema de cómo crear instituciones registrales eficaces los resultados de numerosos trabajos previos del autor, procede también reconocer aquí los numerosos comentarios recibidos en relación con dichos trabajos.

## 1. Finalidad y estructura del trabajo

Este artículo analiza la estructura organizativa básica del sistema registral español, ejemplo de los sistemas organizativos de franquicia pública funcionarizada creados en los albores del Estado liberal del siglo XIX, y lo emplea como referencia para iluminar el diseño e implantación de nuevos sistemas registrales.

El método se basa en entender la lógica de una institución ya existente, empleando para ello la economía de las organizaciones. La finalidad última es, sin embargo, ayudar a tomar mejores decisiones de diseño institucional y gestión regulatoria. Lograr este objetivo en el contexto de países en desarrollo exige conocer tanto la teoría y la práctica de las instituciones correspondientes como las circunstancias específicas del país de destino.

Lógicamente, este trabajo se centrará en los dos primeros elementos, relativos a la teoría y la práctica institucional. Para ello, la sección 2 presenta una teoría de las instituciones registrales basada en el análisis económico de la naturaleza jurídica del producto registral, la sección 3 deduce qué pautas organizativas es preciso aplicar para obtener dicho producto y la sección 4 analiza las dificultades que existen para regular estas actividades y sus estructuras organizativas. Dado el carácter general del trabajo, la sección 5 se limita a proponer una guía básica para la eventual implantación o desarrollo de sistemas similares en países en vías de desarrollo. El trabajo finaliza con una reflexión general sobre la reforma del sector público.

## 2. La función de los registros: el *enforcement* de los derechos de propiedad<sup>2</sup>

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 productores intercambian recursos y productos, entre sí y con los consumidores. El carácter costoso de estos intercambios constituye seguramente el freno más fundamental a la especialización y, consiguientemente, el desarrollo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Esta sección resume los resultados de B. ARRUÑADA, “Principios organizativos de la seguridad jurídica preventiva” (Universitat Pompeu Fabra, *mimeo*, febrero de 2001), y “Property Enforcement as Organized Consent”, próxima publicación en el *Journal of Law, Economics, and Organization*, 2003 (disponible éste en <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?564>).

<sup>3</sup> Para una valoración cuantitativa de la importancia de los costes de transacción en la actividad económica, véase J. J. WALLIS y D. C. NORTH, “Measuring the Transaction Sector in the American Economy, 1870-1970”, en S. L. ENGERMAN y R. E. GALLMAN, (eds.), *Long-Term Factors in American Economic Growth*, Studies in Income and Wealth, núm. 51, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1986, pp. 95-161.

Para reducir los costes de intercambio, se emplean numerosos mecanismos. Destacan entre ellas las instituciones jurídicas que hacen posible la existencia y contratación de derechos de propiedad sobre los bienes inmuebles. La función de estas instituciones —fundamentalmente, el derecho inmobiliario y el registro—, es la de proteger los derechos de propiedad y reducir las asimetrías informativas entre los protagonistas de los intercambios.

La contratación de bienes inmuebles se caracteriza por la existencia de derechos reales, aquellos que versan sobre los propios bienes y no sobre las personas. Por tanto, no son alterables por actos de terceros y, en concreto, sobreviven intactos a la transformación y transmisión de otros derechos. Presuponiendo una voluntad política favorable, la tarea de hacer respetar, hacer efectivos o “enforzar”<sup>4</sup> los derechos reales es relativamente fácil, por ser los inmuebles inmóviles, duraderos y poco deteriorables. Este bajo coste en que se ha de incurrir para hacerlos efectivos implica que los derechos reales sean útiles para contratar los diversos usos 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<sup>5</sup>.

Para asegurar la efectividad 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 entre las partes. La segunda fase es propia de los derechos reales y tiene como objeto reunir el consentimiento de todos los titulares de derechos reales que hayan sido afectados por el primer contrato entre partes. (El hecho de que el contrato entre partes se instrumente en algunos países escritura “pública” refuerza la calidad de la prueba pero no modifica su carácter de contrato privado entre partes, al no haberse producido el consentimiento de los demás titulares de derechos reales afectados por el contrato).

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, el consentimiento es un requisito general, por ser 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 consentimiento. Sólo cuando el consentimiento se otorga, 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.

La exigencia de consentimiento de los afectados asegura el *enforcement*; sin embargo, la eficacia de éste sujeta la transmisión de derechos reales y la creación de nuevos derechos a una grave asimetría informativa entre las partes, sólo resuelta si incurren en importantes costes de búsqueda y negociación. Generalmente, los

---

<sup>4</sup> A medida que los países de habla española, empezando por España, se desarrollan en lo económico y político, se hace sentir la necesidad de usar un neologismo para expresar la idea de aplicación efectiva de las leyes y los contratos, contenida en el inglés *enforcement*.

<sup>5</sup> Para tener una idea de la importancia que encierra para el desarrollo económico la buena definición y el respeto de los derechos de propiedad en el ámbito inmobiliario, véase, por ejemplo, el libro de H. de SOTO (2000), *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, Nueva York.

transmitentes sabrán más que los adquirentes sobre la existencia de posibles derechos afectados. Si los adquirentes se percatan de la desventaja informativa que padecen, muchas transacciones provechosas tenderán a no llevarse a cabo. Precisamente para remediarlo, todos los ordenamientos modernos requieren o motivan que los contratos que pretendan lograr 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.

Los diversos sistemas difieren en cuanto a la voluntariedad que otorgan o no a las partes para que éstas recaben el consentimiento de los afectados 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 lleve a esa depuración *ex ante* de los derechos.

Sucede así, incluso, con el registro de documentos de los Estados Unidos o Francia, 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<sup>6</sup>. 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 depurado. Por otro lado, incluso si las partes optan 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 son el Grundbuch alemán, el Land Register inglés o el Registro de la Propiedad español, ofrece, en este sentido, mayor eficacia, pues el carácter general de la depuración de los derechos hace posible depurar la información registral y aplicar los beneficios de la fe pública registral a todos los adquirentes de buena fe. A esta supuesta 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 un lado, los beneficios que podría disfrutar el registro de documentos gracias al carácter más privado de las fases de dictamen y depuración 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<sup>7</sup>. Segundo, alternativamente,

---

<sup>6</sup> Véase B. ARRUÑADA, “A Transaction-Cost View of Title Insurance and its Role in Different Legal Systems”, *The Geneva Papers of Risk and Insurance*, vol. 27, pp. 582-601 (disponible en <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?565>).

<sup>7</sup> Como ilustra la resolución del litigio provocado por el intento fallido de fusionar las dos *title plants* privadas de Washington DC. Las dos compañías propietarias de plantas de títulos en el

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.

Por otro lado, 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 dentro de la Administración pública de modo que la actividad de los registradores y empleados está regida por incentivos muy fuertes, que pueden incluir la remuneración residual del registrador y los principales empleados, y la responsabilidad personal del registrador.

### **3. Pautas organizativas de los registros**

#### **3.1. Producto y mercado: libertad de elección, integración de funciones e independencia**

El análisis teórico y su contraste con la evidencia empírica que proporcionan los diversos tipos de sistemas registrales permiten 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 afectar a terceros, no sería posible controlar mediante mecanismos reputacionales, basados en la libertad de elección del usuario. Los terceros, aunque sean conocidos y máxime si son desconocidos o sólo se puede 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, se ha 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,

---

Distrito de Columbia fueron acusadas por la Federal Trade Commission de incrementar los precios y reducir los servicios disponibles tras haber consolidado sus dos plantas en una sola. El caso se resolvió en agosto de 1998 cuando las compañías aceptaron segregar de nuevo sus plantas y devolver el exceso de precio percibido respecto a los contratos antiguos. Igualmente, para permitir la fusión de dos aseguradoras (LandAmerica y Reliance), la FDC exigió que una de ellas vendiera sus plantas en 12 condados con el argumento de que “because of the county-specific way in which title information is generated and the local character of the real estate markets in which the title plant services are used, geographic markets for title plant services are highly localized”. Véase sobre ambos incidentes, FEDERAL TRADE COMMISSION, *Annual Report to Congress. 1998*, Washington D. C., 1999. La cita textual procede de dicha fuente, en referencia al caso *LandAmerica Financial Group, Inc.*

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 como, con más motivo, si el sistema interviene para forzar a que se depuren todas las transacciones, lo que le permite hacer publicidad de los derechos reales, 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 reales 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, es preciso tener en cuenta que 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 radical en el hecho de que la libertad de elección de las partes condiciona las decisiones de su representante en contra de dichos terceros. Este condicionamiento será tanto mayor cuanto más potentes sea los incentivos a que da lugar la competencia entre los proveedores de los servicios.

De ello se deduce la mencionada incompatibilidad estructural entre competencia e integración. En una hipotética situación de integración y competencia, sería de esperar, por ello, una atenuación de 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. El tráfico inmobiliario quedaría así, de hecho, albur, en el primer caso, de la producción de dictámenes jurídicos anteriores a las transacciones; y, en el segundo caso, de las intervenciones judiciales, cuyo número y trascendencia tenderían a aumentar de forma inexorable.

### 3.2. El diseño de la organización prestadora de los servicios

El apartado precedente ha desarrollado las pautas de diseño organizativo de los registros en un plano muy general. Responde así a las preguntas de qué servicio prestar (registro de derechos) y con qué estructura de mercado (monopolio territorial que haga posible la independencia y por tanto el propio registro de derechos). Para elaborar este producto se requiere, adicionalmente, poner en pie una organización eficaz, para lo cual se han de tomar decisiones de diseño y gestión, ya no relativas al producto, sino a los procesos y, en especial, a los incentivos que operen sobre los decisores. Posponemos para la sección 4 la discusión de la gestión regulatoria del sistema.

En cuanto a su diseño, cabe resumir la problemática diciendo que el funcionamiento eficaz de un registro de derechos, como el español, el alemán o el inglés requiere tres elementos. Por un lado, profesionales altamente cualificados, que inviertan en formación tanto antes de entrar en la profesión como durante su ejercicio. Requiere también, por otro lado, que no se dilaten en el tiempo las decisiones de inscripción pues, en caso contrario, durante el período transitorio funcionaría de hecho con propiedades muy próximas a un mero registro de documentos. Es preciso, por ello, que existan fuertes incentivos que aseguren la productividad. Se necesita, por último, un alto nivel de calidad, sobre todo en cuanto a la independencia y honestidad en las funciones de control, por actuar el registrador como *gatekeeper* de su propio cliente. Veamos cómo se resuelven estos problemas en España, pues estas soluciones contienen lecciones importantes para países en desarrollo.

En primer lugar, en cuanto a la cualificación profesional, se requieren inversiones en capital humano que garanticen la competencia profesional. Para que estas inversiones se efectúen, y máxime teniendo en cuenta que son “específicas” (esto es, tienen menos valor fuera de la profesión), ha de existir una compensación económica suficiente y un clima de estabilidad en el que los “inversores” entrantes puedan razonablemente esperar que su inversión les proporcionará el rendimiento prometido en el futuro. Ese rendimiento depende en esencia de las decisiones que tomen los reguladores respecto al nivel y la función retributiva de los profesionales y al grado de compromiso del Estado respecto a la rentabilidad de la inversión.

En cuanto a la productividad, resulta de gran interés para los interesados en la gestión de estos sistemas observar cómo se asegura en el sistema español. El hecho de que la productividad sea relativamente escasa dentro de nuestro sector público lleva a preguntarse por la causa de esta diferencia en rendimiento<sup>8</sup>. La respuesta ha de buscarse a nuestro juicio en las diferencias organizativas: la característica distintiva esencial de los registros no es otra que su funcionamiento como franquicia pública, con remuneración residual del funcionario profesional y contratación por este funcionario de los demás empleados.

Por último, contribuyen a asegurar la productividad y la calidad una compleja estructura de incentivos que incluye: un nivel de remuneración aparentemente superior

---

<sup>8</sup> Para datos cuantitativos comparados por ramas del sector público, véase B. ARRUÑADA, *Análisis Económico del Notariado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, p. 94; y B. ARRUÑADA, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, en *La regulación de los servicios sanitarios en España*, FEDEA-AES-Civitas, Madrid, 1997, p. 164.

al máximo obtenible fuera de la profesión (en buena medida atribuible a la remuneración de inversiones previas en capital humano); el proceso de autoselección de un tipo de personal idóneo, proceso que se genera como consecuencia del aplazamiento de la retribución y del tipo de puesto de trabajo, así como del propio método de selección; y, por último, la responsabilidad personal del registrador por sus decisiones.

La fijación del nivel retributivo no debería plantear, en principio, grandes dificultades, pues existen referencias observables en el mercado externo. Por muchos motivos, y como sucede en general con toda judicatura, no parece sensato que el nivel retributivo de los funcionarios sea inferior al de los operadores privados sobre los que actúan. Sólo procede señalar dos obstáculos recurrentes. Por un lado, la confusión que suele aquejar a la opinión pública y, ocasionalmente, a los propios reguladores, y que les lleva a considerar el nivel de retribución aparente como real. La remuneración aparente es la observada durante el ejercicio profesional. La real, la que corresponde a descontar de esta remuneración aparente los costes incurridos en la preparación y entrada en la profesión, incluyendo los primeros años de ejercicio, durante los cuales la remuneración está por debajo de la alcanzable a igualdad de capital humano en la actividad privada. La retribución real ha de medirse por ello, como el rendimiento de una inversión en capital humano. Como decíamos, la regulación del nivel es relativamente sencilla: el regulador debe fijarlo en el punto en que permita disponer de profesionales competentes, recompensándoles al nivel de actividades privadas comparables. Por otro lado, conviene recordar las dificultades, ya apuntadas más arriba, que se observan en muchos sectores públicos (y en el español, en concreto) para mantener niveles retributivos sensatos cuando la función retributiva de los funcionarios profesionales es fija, lo cual hace más conveniente el uso de fórmulas de retribución variable automática, las cuales necesitan escasa gestión explícita, como son las de remuneración residual.

La única dificultad sería que se plantea en este terreno proviene de que se dispone de una red de explotaciones situadas en circunstancia diversas y cambiantes a las conviene asegurar un cierto nivel de rentabilidad<sup>9</sup>. En el sector privado, esto se resuelve mediante una gestión muy activa. En concreto, hemos analizado cómo las redes de concesionarios de automóviles están en condiciones de lograr ese objetivo (entre otros) mediante la asignación a los fabricantes de derechos de decisión para —entre otras muchas decisiones— establecer anualmente los objetivos de ventas de cada concesionario y ligar a ellos descuentos en el precio mayorista que representan el

---

<sup>9</sup> Puede existir también un cierto coste en términos de “disipación de rentas”, al generarse competencia improductiva en la entrada, en la medida en que las condiciones de entrada se acerquen a lo que en economía se conoce como “competencia perfecta”. Esta disipación es normal en todo tipo de organización que utiliza similares mecanismos para incentivar a su personal, lo que incluye de forma prominente las empresas de servicios profesionales. Por ello, no tendría sentido tomar como referencia implícita, al valorarlos, la producción de bienes y servicios que no requieran tales incentivos. Por el contrario, de producirse, debe entenderse como un coste más del sistema de incentivos. Para un análisis más detallado de este problema de la disipación de rentas en este contexto, véase B. ARRUÑADA, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, n. 15, pp. 98-110 y 131-148; y B. ARRUÑADA, “The Economics of Notaries”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, 1996, pp. 22-26.



componente esencial de la rentabilidad del concesionario<sup>10</sup>. En el sector público una fórmula semejante es hoy por hoy inviable, pues no existe suficiente capacidad gerencial y, aunque existiera, es dudoso que convenga dar tanta discrecionalidad al gestor público. Interesa, en cambio, poner en pie fórmulas más automáticas. Las dos posibilidades quedan de manifiesto en España por la organización de farmacias y registros. En las farmacias, la franquicia se ha llevado al extremo de que existe, de hecho, un derecho de propiedad sobre la licencia, derecho que se traspasa a precio de mercado. El regulador tiene que preocuparse porque la rentabilidad de las diversas farmacias de la red no se diferencie mucho si quiere proporcionar incentivos uniformes. Lógico que la rentabilidad de las farmacias (sin incluir lo pagado, eventualmente, por el traspaso) haya sido muy diversa<sup>11</sup>. Es más, a la hora de reformar el sistema de distribución farmacéutica, se tropieza con graves dificultades ante el temor justificado de que la reforma lleve a algunas farmacias a la quiebra, generando situaciones indeseables desde muchos puntos de vista. En el caso de los registros, si bien existen diferencias de rentabilidad entre registros, éstas tienen escasa importancia porque no se traducen en diferencias notables de rentabilidad entre registradores. Ello se debe a que los registradores se asignan a registros no en función de la subasta de traspasos (como en nuestras farmacias) sino por antigüedad dentro de la carrera profesional, de modo que la baja remuneración inicial se compensa tras ascender a mejores oficinas en años posteriores.

Observando la función retributiva del sistema español sobresalen tres elementos, cada uno de los cuales también encierra lecciones importantes: el uso de retribución residual y pago por servicio; el carácter diferido de la compensación; y la responsabilidad personal del registrador.

En primer lugar, el sistema proporciona una motivación muy intensa porque los funcionarios (junto con los empleados más cualificados, al igual que sucede en las firmas profesionales privadas, en actividades como abogacía, auditoría, consultoría o banca de inversiones) perciben el beneficio o residuo que resulta tras pagar al resto del personal de su oficina (cuyos incentivos también son más intensos, al no ser empleados públicos, sino de la propia oficina), los demás insumos materiales y, sobre todo, amortizar la inversión necesaria para la entrada. Este carácter residual de la retribución del funcionario responsable convierte a éste de hecho en un empresario, viniendo a ser titular de una “franquicia” de la Administración Pública, si bien, incluso en mayor medida que los franquiciados privados, está sujeto a numerosas y detalladas

---

<sup>10</sup> Véase B. ARRUÑADA, L. GARICANO y L. VÁZQUEZ, “Contractual Allocation of Decision Rights and Incentives: The Case of Automobile Distribution”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 17, núm. 1, primavera, 2001, pp. 256-283.

<sup>11</sup> Para hacerse una idea de las dificultades que plantea la gestión en este terreno, baste señalar que las primeras medidas en este terreno son adoptadas en el año 2000. Me refiero a las disposiciones del Real Decreto-Ley 5/2000 por las cuales se introduce un tope superior al margen de los medicamentos de mayor precio, se permiten descuentos de hasta el 10 por ciento en el precio de venta de los medicamentos publicitarios y se establecen deducciones progresivas de entre el 7 y el 13 por ciento de la facturación a la Seguridad Social que exceda de 4,6 millones de pesetas por farmacia y mes.

restricciones en su actividad<sup>12</sup>. Coherente con esa posición empresarial, el sistema fomenta un uso eficiente de los recursos, como ponen de relieve los numerosos intentos efectuados para introducirlo en otros ámbitos del sector público. Piénsese, por ejemplo, en los “mercados internos” (*internal markets*) de salud y educación creados por los gobiernos Thatcher en el Reino Unido<sup>13</sup>, o en los “acuerdos cooperativos” y demás esquemas motivadores que se han intentado aplicar en la sanidad pública española<sup>14</sup>. En este contexto, el pago por servicio es necesario para independizar el sistema de los avatares de la política presupuestaria. Adicionalmente, como en otros sectores públicos, es imprescindible para desanimar el consumo trivial en este tipo de actividad que no sólo proporciona utilidad pública sino también utilidad privada.

En cuanto al carácter diferido de la retribución, consiste en que ésta aumente notablemente con la antigüedad del profesional. No podemos entrar aquí en grandes detalles<sup>15</sup>. Baste señalar que es la fórmula adoptada en las actividades profesionales privadas porque motiva el cumplimiento y la autoselección. El cumplimiento porque en su periodo de mayor actividad el profesional percibe cuasi-rentas (se le retribuye por encima de su retribución máxima alternativa). La autoselección porque el carácter diferido de la compensación porque incentiva la entrada de profesionales con un tipo de descuento bajo y, por tanto, con preferencias por las ganancias a largo plazo: en suma, aversos al fraude, que es lo que precisa una actividad con las características de la actividad profesional, en las que el decisor goza de notable discrecionalidad.

Por último, las sucesivas leyes que han regulado desde 1861 los Registros españoles han establecido un régimen organizativo por el cual cada Registrador no sólo asume el riesgo económico de la actividad del Registro, sino que es responsable de sus decisiones con su propio patrimonio. Para los demás funcionarios públicos, el error conlleva como mucho la apertura de un expediente sancionador que, en última instancia, rara vez entraña consecuencias sustanciales, excepto si se trata de actividades delictivas. Por el contrario, el registrador actúa bajo la amenaza de ese mismo régimen más la posibilidad de que tras una demanda judicial haya de responder de sus decisiones con todo su patrimonio personal. Obviamente, esto genera incentivos muy fuertes a cumplir la legalidad y a vigilar que se respeten los derechos de terceros, como corresponde a un modelo de registro de derechos.

---

<sup>12</sup> Tanto que sólo el Reglamento Hipotecario se extiende a lo largo de 624 artículos de una densidad apreciable.

<sup>13</sup> Véanse B. ARRUÑADA, “El mercado interno de salud: La reforma del National Health Service”, *Revista de Economía*, núm. 11, 4.º trimestre, 1991, p. 80; y B. ARRUÑADA, “Internal Markets in the Reform of the Spanish NHS: A Comment on the Planners’ Latest Fantasy”, en J. G. Backhaus, (ed.), *Essays in Social Security and Taxation*, Metropolis Verlag, Marburg, 1997, pp. 429-444. Para un análisis más general aplicado a 12 ramas del sector público español, véase B. ARRUÑADA, “Gestión de la competencia en el sector público”, *Anuario de la Competencia 1999, 2000*, pp. 267-311 (disponible en <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?490>).

<sup>14</sup> Véase ARRUÑADA, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, n. 8.

<sup>15</sup> El lector interesado puede consultar ARRUÑADA, *Análisis Económico del Notariado*, *supra*, n. 8, pp. 41-43; y ARRUÑADA, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, n. 8, pp. 196-209.

## 4. La debilidad regulatoria del sistema

### 4.1. Visión general

En el análisis que sigue sobre la regulación del sistema dejaremos conscientemente a un lado las cuestiones relativas al diseño del producto y de la estructura de mercado, tratadas en la sección 3.1, pese a que han sido discutidas en España en los últimos años, al aparecer propuestas que defienden la libre elección de registrador por las partes del contrato privado o la fusión de notarios y registros.

La negativa opinión que merecen estas propuestas queda clara, con carácter general, no sólo para el caso español y no sólo para registros de derechos, a la luz de la teoría y evidencia empírica esbozada en las secciones 2 y 3.1. El motivo para no tratarlas con mayor detenimiento en este trabajo no es otro que su escaso interés para países que, en sintonía con su situación de subdesarrollo, carecen de sistemas eficaces de protección de los derechos de propiedad. Esta carencia hace que estos asuntos sean tratados con la profundidad que se merecen, como lo eran en el siglo XIX en toda Europa<sup>16</sup>. Consiguientemente, nadie pierde el tiempo en discutir cuestiones que, por un lado, una lógica elemental aclara y que, por otro, encuentran la confirmación más rotunda en la evidencia de que todos los países desarrollados siguen las pautas enunciadas. Por el contrario, en algunos países europeos dotados de sistemas relativamente eficaces, quizá esta misma eficacia ha conducido a cierto olvido de las funciones que los registros desempeñan. Es en esas condiciones de relativa ignorancia en las que, en un comprensible pero malaconsejado afán por ganar supuestos grados adicionales de libertad y eficiencia, se proponen medidas que corren el grave riesgo de destruir todo el sistema o al menos provocar costes sustanciales.

Los problemas que interesa señalar aquí son más serios y se manifiestan con carácter relativamente general, no sólo en los sistemas registrales sino en todo el ámbito de los servicios públicos de carácter profesional. En esencia, el mantenimiento de un funcionariado profesional de calidad, en nuestro caso el mantenimiento del sistema registral, sobre todo en cuanto registro de derechos, por su mayor contenido profesional, requiere un difícil equilibrio regulatorio o, si se prefiere, una “gestión regulatoria” muy consciente de la delicadeza y posibilidades del instrumento que se regula.

Dos son los peligros extremos que se corren en este terreno: la torpeza regulatoria, por un lado, y la “captura” del regulador, por otro.

El primer peligro, la torpeza del regulador, toma la forma de cambios regulatorios imprudentes que, al rebajar los precios o liberalizar el régimen de funcionamiento, pueden destruir el sistema de remuneración aplazada, modificando o introduciendo incertidumbre en las expectativas de remuneración futura, privando de motivación las inversiones futuras y expropiando, de paso, los ingresos en exceso de los obtenibles fuera de la profesión (las denominadas “cuasi-rentas” en la jerga económica, que vienen

---

<sup>16</sup> El lector interesado puede estudiar en detalle estos temas en los trabajos citados en la nota 2.

a retribuir las inversiones ya efectuadas en el pasado)<sup>17</sup>. En estos casos, el riesgo suele ser especialmente grave cuando existe ignorancia sobre el carácter de la remuneración, a la cual se la tiende a ver, sobre todo por parte del público, como salario, cuando en realidad constituye el rendimiento de una inversión previa en capital humano.

En el terreno opuesto, también puede producirse la captura del regulador por los profesionales. Las manifestaciones de este fenómeno, de signo opuesto al anterior, serían, por ejemplo, la elevación de precios, o su mantenimiento en niveles no acordes con el cambio tecnológico y contractual (notoriamente, el caso de la cancelación de hipotecas en España), o la congelación de la oferta, con la consiguiente generación de rentas o su reparto entre un número menor de perceptores. Las consecuencias en cualquier caso serían dobles, distributivas y productivas. Por un lado, se produciría una transferencia de riqueza de los clientes a los profesionales. Por otro lado, lo que es más importante, porque derrocha recursos, se provocaría una mayor disipación de riqueza por parte de los aspirantes, en sus intentos por acceder a la profesión.

La solución completa del problema es tal vez imposible, pues, al introducir más autorregulación, se garantiza que las medidas no destruyan el sistema de incentivos, pero se corre un mayor riesgo de captura. En esta situación, podría incluso ocurrir que ni siquiera el futuro de la institución estuviera protegido, pues la captura del regulador podría llevar a la profesión a una situación de complacencia en la que la introducción de todo cambio o reforma se retrasara o impidiera con facilidad, incluso la de aquellos con un alto valor social. En tales casos, no cabe descartar que la situación se acabe tornando insostenible y que se modifique radicalmente el equilibrio de fuerzas regulatorio. En tal caso y como consecuencia, la profesión perdería capacidad para influir en los cambios.

El diseño institucional vigente en la actualidad en España asigna, tanto de forma explícita como implícita, ciertas competencias regulatorias sobre la profesión a distintos ministerios, los cuales manifiestan diferentes propensiones y proclividades al respecto. Tradicionalmente el Ministerio de Justicia regulaba con relativa autonomía el funcionamiento de la profesión, pero en los últimos años ha debido prestar creciente atención a otros departamentos ministeriales de ámbito general sobre muchas materias, como los nuevos servicios y la fijación de precios.

El problema que se ha manifestado a menudo en la regulación de éste y otros muchos sectores es el de una cierta inadecuación entre los conocimientos y los incentivos de los ministerios generales (sobre todo, los de Economía y Hacienda) y los ministerios funcionales (como son Justicia, Sanidad o Educación, por ejemplo). Una gestión eficiente requiere ambos elementos, conocimientos e incentivos.

Se observa, sin embargo, que los ministerios generales padecen, con frecuencia, un déficit de conocimientos sobre las actividades sectoriales, sobre gestión pública y sobre el papel que puede desempeñar en ella la competencia. Además, manejan a veces un

---

<sup>17</sup> Sobre cómo desarrollar un marco regulatorio propicio a las inversiones de los sectores regulados, véase, en especial B. LEVY y P. SPILLER, eds., *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications*; Political Economy of Institutions and Decisions Series; Cambridge, Nueva York y Melbourne, Cambridge University Press, 1996; y B. LEVY y P. SPILLER, "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation", *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 10, núm. 2, 1994, pp. 201-246.

horizonte temporal muy a corto plazo. Ocurre así, de forma notoria, ante situaciones de crisis y urgencia. Por ejemplo, tras aumentos inesperados de la tasa de inflación, sienten la necesidad de tomar medidas de escapate. A menudo, éstas contradicen la necesidad de que el marco regulatorio sea lo suficientemente estable para fomentar las inversiones en capital humano que caracterizan toda actividad profesional. En el mismo sentido, constituye una causa más de fondo el que estos ministerios no sean responsables de los fallos sectoriales derivados de medidas impremeditadas.

Los ministerios sectoriales, a su vez, si bien cuentan con mejor información sobre sus respectivos sectores y los requisitos organizativos de las actividades correspondientes, tienen escasa información sobre el papel posible de la competencia y cómo introducirla. A menudo, son también proclives a padecer captura regulatoria por parte de los propios intereses sectoriales, aunque ello sea difícil de distinguir de un sano deseo de evitar el deterioro a largo plazo de las actividades a su cargo.

Es imposible saber si el actual diseño es o no mejorable. Con una visión optimista, cabría interpretar que las pugnas que se han podido observar en los últimos años constituyen un signo de que existe un cierto equilibrio de fuerzas. Lo que parece fuera de duda es que no estamos en ninguna de las situaciones extremas. También es probable que el marco regulatorio sea mejorable si se reconoce que es preciso dotarle de la estabilidad necesaria para fomentar inversiones específicas a largo plazo.

## **4.2. Un ejemplo de regulación: el tratamiento del rigorismo registral**

Ha quedado de manifiesto más arriba por qué la necesidad de proteger el interés de terceros lleva a que en todo el mundo los registros se organicen sobre bases de monopolio territorial. Esta pauta organizativa es necesaria, pero puede generar costes, en términos de rigor excesivo en las decisiones registrales. Este rigorismo registral debe ser corregido con una regulación competente que, entendiendo la naturaleza del problema, sepa hacerle frente sin destruir las propias funciones registrales.

Al respecto, conviene precisar las causas del fenómeno, ubicarlo y señalar la necesidad y la factibilidad de evitarlo.

Las causas del fenómeno no son sólo la situación de monopolio, como pone de relieve el hecho de que el monopolio haya existido durante más de un siglo y el rigorismo sólo se haya constituido en un problema en las últimas décadas. Una causa principal del rigorismo, presente en la actualidad pero ausente en períodos anteriores, reside en el carácter crecientemente imperativo de las leyes. Es comprensible que se caiga en la tentación de eliminar al encargado de aplicarla<sup>18</sup>. Y que los poderosos

---

<sup>18</sup> Merece un breve comentario en esta materia la tesis defendida por el profesor Paz-Ares en relación a la legislación societaria, según la cual “el papel que efectivamente está llamada a jugar la autonomía privada en la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada depende más de lo que piense la doctrina que de lo que diga el legislador” (C. PAZ-ARES, “Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en C. Paz-Ares (coordinador), *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, p. 163). Por un lado, es discutible en qué grado esta hipótesis describe lo que realmente sucede, en qué grado la doctrina y la litigación pueden desarrollar hoy en día una jurisprudencia liberalizadora de un

tengan ocasionalmente éxito en coaccionar la registro y que, por ejemplo, cláusulas estatutarias de importantes sociedades mercantiles, tal vez eficientes pero de dudosa legalidad, acaben teniendo entrada en el Registro Mercantil.

Se tiene así una situación en la que, por un lado, el contenido ineficiente de muchas de las normas imperativas coloca a los registros en una situación paradójica, en la que un buen cumplimiento de sus obligaciones respecto al control de legalidad reduce, en lugar de aumentar, el valor añadido. Pero no sólo las leyes se hacen más imperativas y el *enforcement* registral se torna menos valioso. Simultáneamente, el notariado ha ido evolucionando hacia una mayor sintonía con los intereses privados, debido al creciente peso de los grandes operadores y la mayor competencia entre notarios. Todas estas fuerzas generan así una mayor tensión entre notarías y registros, pues ambos órganos se están moviendo en direcciones opuestas.

En cuanto a la ubicación del rigorismo, se ha mencionado ya que el fenómeno afecta en mayor medida a los Registros Mercantiles, en materia societaria, que a los inmobiliarios. Un motivo ya señalado mas arriba, es la promulgación de leyes societarias crecientemente imperativas y con muchas disposiciones de valor social seguramente negativo<sup>19</sup>. En el ámbito inmobiliario, sucede algo similar respecto a la actuación del registrador como guardián en el cumplimiento de todo tipo de disposiciones administrativas, urbanísticas y fiscales. No obstante, es posible que el grado de ineficiencia y, por tanto, de rechazo que inspiran las disposiciones sea superior en el terreno societario, dado el voluntarismo ingenuo que parece haber inspirado al legislador en esta materia. Un segundo motivo es más estructural: una buena proporción de las inscripciones que rechazan los registros inmobiliarios no se refieren al incumplimiento de una norma imperativa (por tanto, en protección de derechos de titularidad colectiva), sino a la protección de derechos de titularidad individual, recabando el registro el consentimiento de los titulares de derechos afectados. En esos casos, quien decide sobre la transacción correspondiente es el titular del derecho afectado, actuando el registro como un mero custodio. También sucede así con reglas

---

marco legal tan imperativo, incluso en el caso de que quieran hacerlo. Pero lo preocupante es, por otro lado, que, aunque la hipótesis se confirmara, la valoración del procedimiento habría de ser negativa, pues parece insensato producir el derecho mediante la promulgación de normas imperativas destinadas a ser liberalizadas en vía jurisprudencial. Dicho procedimiento es cuestionable al menos por dos motivos: por su carácter improductivo y por generar efectos externos negativos sobre todas las leyes. Primero, no parece ser la solución más económica, en lo que tiene de innecesario destejer lo previamente tejido. El coste de oportunidad es grande, pues dirige los esfuerzos de todos los que intervienen en el desarrollo jurisprudencial a la evitación de la norma, en lugar de hacerlo al desarrollo de un ordenamiento más detallado, que proporcione solución a una mayor variedad de problemas. Segundo, la derogación fáctica de una ley desprestigia a todas las leyes, que pasan a ser consideradas meras referencias de un posterior combate doctrinal y judicial. Ciertamente, desde el punto de vista de los intereses individuales, las valoraciones pueden ser diferentes. Ocurriría así, por ejemplo, si la derogación fáctica de leyes imperativas ineficientes generase mayor demanda a los productores de doctrina que la promulgación directa de leyes eficientes con un contenido menos imperativo.

<sup>19</sup> Véanse los capítulos 9 y 10 de B. ARRUÑADA, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 213-320; así como el ensayo B. ARRUÑADA, "La criminalización del derecho societario: Esbozo para un análisis crítico", *Boletín del Círculo de Empresarios*, núm. 62, 1er. semestre, 1997, pp. 99-132.

imperativas, pero de un modo difuso y aún menos claro cuando la eficiencia de tales normas es discutible.

El regulador dispone de suficientes mecanismos para controlar este problema. Para ello, debe saber distinguir dos supuestos diferentes. Por un lado, aquellos casos de rigor aparentemente excesivo, pero motivados de hecho porque el registro aplica correctamente una legislación que es, en sí misma, insensatamente rigurosa. Por otro lado, merecen un tratamiento distinto aquellos otros casos en que el registro sí efectúa una interpretación excesivamente rigurosa de una ley potencialmente flexible, supuesto éste que sí procede calificar de rigorismo.

Ni que decir tiene que el primer caso, de aplicación correcta de una ley inadecuada, debe ser tratado mediante la oportuna reforma legislativa, y no con medidas frívolas como es la comentada propuesta de dar a las partes libertad para elegir registrador, creando un obvio conflicto de intereses con terceros y originando muy probablemente un deterioro sustancial del sistema. El motivo es que el aparente rigorismo registral sólo es sino el mensajero de lo defectuosas que son nuestras nuevas leyes, el síntoma del problema, no su causa. El legislador debería considerar en especial la posibilidad de que algunos textos legales españoles son formalistas, ineficientes e innecesariamente rigurosos. La solución lógica no pasa, sin embargo, por mermar las funciones ni atenuar los incentivos del *enforcer* encargado de hacer cumplir las leyes, sino por cambiar dichas leyes, si éstas son, en verdad, ineficientes, como hemos tratado de demostrar en otras ocasiones<sup>20</sup>. Lo que menos necesita un país cuya lengua carece de traducción para el término *enforcement* legal es menoscabar uno de los pocos instrumentos que aplica las leyes con eficacia, sean éstas o no sensatas.

Lo que en verdad nuestro país necesita es aliviar la proliferación de reglas imperativas y eliminar las insensateces que algunas leyes contienen, sobre todo pero no únicamente en materia de sociedades tras la desafortunada reforma societaria de 1989 y la consiguiente renovación del reglamento del registro mercantil. Fuera del ámbito mercantil, ha de tenerse en cuenta que también en materia de propiedad hay síntomas de esclerosis formalista (por ejemplo, en las dificultades para registrar “hipotecas flotantes”, con graves consecuencias para la vida económica). Lo que es más grave, desde el punto de vista del ciudadano, muchos de los servicios que se demandan del sistema de seguridad jurídica preventiva éste no alcanza a proporcionarlos con eficacia (ya sea debido al reconocimiento legal de derechos reales no inscritos, como los derivados de arrendamientos; o por subsistir riesgos sustanciales que, hoy por hoy, el sistema no ha logrado evitar o asegurar, como son los derivados de las entregas de dinero a cuenta)<sup>21</sup>.

El segundo caso, en el que propiamente cabe hablar de rigorismo registral, merece el mismo tratamiento que el rigorismo judicial (una vez más se pone de relieve que, en el fondo, los registros de derechos vienen a ser una jurisdicción especializada): un

---

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> A este respecto, es de destacar la inminente comercialización en España de seguros de títulos por parte de la empresa London & European Protección de la Propiedad, cuyas firmas hermanas están ya activas en el Reino Unido y Francia. Véase nuestro análisis del papel del seguro de títulos en jurisdicciones con registros de derechos en “A Transaction-Cost View of Title Insurance and its Role in Different Legal Systems” *supra*, n. 6.

funcionamiento ágil del sistema de apelaciones, disponiendo además incentivos que perjudiquen tanto la frivolidad, tanto en el excesivo rigor como en la apelación inmerecida. Todo ello, manteniendo el régimen de responsabilidad personal del registrador para evitar la laxitud en sus decisiones. No es éste el lugar oportuno para extendernos en esta materia, pero baste señalar que es factible una doble actuación dirigida a mejorar la función y los incentivos de los registradores. En cuanto a la formación parece necesario completarla en cuanto al valor de la libertad contractual y el coste social de la restricciones para evitar que una actitud formalista agrave la aplicación de normas ya de por sí en exceso imperativas y formalistas. En cuanto a los incentivos, es preciso que el excesivo rigor sea penalizado sin caer en el riesgo opuesto, de un control de legalidad excesivamente laxo. Para ello, cabría contemplar varias posibilidades: desde recrear el antiguo Cuerpo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con funciones centradas en la inspección y decisiones de apelación, a cobrar tasas disuasorias a los recurrentes para evitar la litigación frívola.

## **5. Puntos críticos en la aplicación del sistema en países en vías de desarrollo**

La aplicación del análisis anterior a países en los que no existe un sistema registral o donde el que existe ha de ser reformado radicalmente requeriría un estudio específico de viabilidad y una planificación rigurosa. Con carácter general, sólo podemos esbozar un conjunto de factores o aspectos fundamentales a tener en cuenta. Sin ánimo de exhaustividad, haremos referencia a continuación a los que juzgamos más decisivos y que son aplicables no sólo al sistema registral sino también más o menos directamente a todo tipo de funcionarios profesionales.

El arranque y mantenimiento de un sistema de motivación basado en la retribución aplazada de los profesionales dependen crucialmente de las expectativas de los decisores, en este caso los candidatos potenciales y los funcionarios ya en ejercicio. Por un lado, las decisiones de inversión en capital humano que han de efectuarse antes de entrar en la profesión (sobre todo, la preparación de la oposición) dependen de cuál sea su rentabilidad esperada. El carácter específico de estas inversiones origina que su rentabilidad sea relativamente independiente de la rentabilidad de las inversiones generales en formación. Por este motivo, la conducta de los candidatos potenciales puede verse muy afectada por cambios en sus expectativas. Por otro lado, ya en pleno ejercicio profesional, también se ven afectadas las decisiones de cumplimiento, en aquellas dimensiones en que dicho cumplimiento dependa de la percepción de unos ingresos superiores a los obtenibles en los mejores empleos alternativos.

En este terreno, podemos, pues, distinguir dos problemas genéricos fundamentales, relativos a la creación de expectativas en la fase inicial y a su mantenimiento en las posteriores, junto con otras cuestiones más específicas, entre la que haremos mención a la financiación directa de los servicios por parte de los clientes.



## **5.1. El arranque del sistema**

La generación de suficiente confianza para que los candidatos potenciales estén dispuestos a invertir en la preparación exigida para desempeñar el puesto de trabajo confronta una dificultad notable. Han sido tratados extensamente los problemas que origina a todos los Estados su incapacidad para comprometerse a no alterar las reglas de juego. En los países en vías de desarrollo, esta incapacidad es aún mayor, incluso en los períodos en que están sabiamente gobernados, ante la posibilidad siempre presente de una regresión política.

El arranque del sistema en tales condiciones exige del Estado una inversión inicial importante. En ese período inicial no basta con prometer una remuneración elevada en el futuro, de modo que con ella se compensen los años de formación y una retribución a precios de mercado o incluso inferior a ellos en los primeros años de ejercicio. Por el contrario, la prima o diferencia ha de pagarse desde el primer momento, y tanto más cuanto más específica sea la inversión formativa que se requiera. En cierta manera, puede entenderse que, al pagar estos sobresueldos, el Estado está constituyendo una especie de depósito, rehén o fianza, cuya utilidad en los reclutamientos futuros se esfumaría en caso de que el Estado incumpliese las condiciones prometidas, defraudando las expectativas de los entrantes (El funcionamiento de este mecanismo es por lo demás similar al que suele salvaguardar el cumplimiento en todos los contratos “implícitos”).

Obviamente, la evitación del fraude en la selección o contratación de entrada es esencial para que los profesionales elegidos sean competentes, pero también para que el sistema permanezca a salvo de futuros vaivenes políticos. Sin embargo, esta condición de honestidad en la selección puede ser difícil de lograr en el período de arranque, pese a ser en tales momentos cuando es más necesaria para ganar credibilidad. El motivo es que en esa fase inicial la remuneración ha de ser anormalmente elevada, como se acaba de explicar, teniendo por ello un valor actual neto positivo los puestos de trabajo. Adicionalmente, los propios encargados de decidir la selección pueden tener poca confianza o sentirse escasamente comprometidos con el éxito del sistema, en cuyo caso no ven la necesidad ni tienen incentivos para decidir honestamente. En semejantes condiciones, es probable que resulte especialmente difícil lograr el objetivo de honestidad.

## **5.2. El mantenimiento del sistema**

Una vez consolidadas unas expectativas favorables, el mantenimiento del sistema sigue estando amenazado por muchos motivos. Baste con señalar dos de los principales.

Por un lado, existe el riesgo general de que el cambio político trastorne un sistema incipiente. Por ello, es deseable que el diseño de este tipo de instituciones básicas del Estado cuente con el apoyo de un espectro amplio de formaciones políticas, lo que tal vez ayude a asegurarlos contra futuros cambios en el Gobierno. La adaptación a la democracia es un caso particular de este problema, pues es poco probable que los nuevos gobernantes hayan participado en la creación del sistema.

Por otro lado, en un terreno más concreto, es de temer la tentación de oportunismo en la que pueden caer aquellos reguladores o políticos que manejen un horizonte

sesgado al corto plazo. La tentación es fuerte en este caso (como en general ocurre con los funcionarios públicos profesionales), porque los beneficios son inmediatos mientras que, en virtud de los procesos de autoselección, sus efectos nocivos pueden manifestarse muy lentamente. Dicho de otro modo, un recorte de la remuneración real, por ejemplo, puede destruir la carrera profesional y desanimar las inversiones y la entrada de profesionales competentes. Sin embargo, los profesionales ya en ejercicio tal vez sigan trabajando, por carecer de mejores alternativas. Cuando así ocurra, puede deteriorarse la calidad a corto plazo, debido al desánimo de los profesionales y a que se reducen sus incentivos directos a cumplir. No obstante, siempre que estos profesionales no abandonen su actual empleo, los factores de autoselección mantienen su eficacia. Por este motivo, el efecto más dañino sólo será fácilmente observable a largo plazo, cuando, tras dejar de actuar el proceso autoselectivo previo, hayan entrado un buen número de profesionales poco competentes o adecuados y se haya deteriorado sustancialmente el capital humano medio de la profesión.

El carácter de los beneficios que políticos y reguladores obtienen con estas medidas depende probablemente del tipo de financiación que se utilice para los servicios. Cuando los clientes pagan los servicios a los profesionales, sobre todo cuando éstos son retribuidos con la renta residual de su oficina, tales beneficios son indirectos y de índole más bien propagandística, y ello por varios motivos. Por un lado, no disminuye el gasto público, al tratarse de funcionarios retribuidos directamente por los ciudadanos. Por otro lado, las variables económicas afectadas tienen una entidad mínima en términos de las magnitudes macroeconómicas que centran hoy por hoy su atención. Por último, aprovechan el papel que representan los profesionales en el cobro de impuestos y otras cargas, que son a menudo percibidos erróneamente por el público como retribución neta del profesional. Los beneficios apropiables por los decisores políticos son, en cambio, más tangibles cuando, con independencia de que los usuarios pagan o no tasas por servicio, los profesionales perciben un sueldo fijo. En este caso, los gobernantes suelen sucumbir con facilidad a la tentación de apropiarse rentas a corto plazo, reduciendo las retribuciones<sup>22</sup>, y se deteriora, al cabo, la cualificación de los profesionales y la eficacia de los servicios. Desde este punto de vista, un sistema de remuneración residual resulta más sólido a largo plazo que uno de remuneración fija<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Hemos analizado en detalle este fenómeno en el ámbito de la sanidad pública española, en ARRUÑADA, “Bases para profesionalizar la sanidad pública”, *supra*, n. 8.

<sup>23</sup> El caso del Cuerpo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado es aleccionador en este sentido. Cuando se crea el cuerpo, se les retribuye a sueldo fijo, y se fija éste a un nivel alto, con la intención de que fuese superior a los ingresos de los mejores registros. Parece lógica esta diferencia, consideramos que se trataba del cuerpo inspector y, de hecho, productor de la jurisprudencia especializada en el terreno inmobiliario y societario. Sin embargo, al poco tiempo, su salario había descendido notablemente, al contrario que la remuneración de los registradores, tanto que se les compensó concediéndoles la posibilidad de entrar a concursar a las mejores plazas de notarías y registros al cabo de un cierto número de años de ejercicio como letrados, política que, amén de gratuita para el presupuesto, resultó eficaz hasta la supresión del cuerpo en los años ochenta.

### 5.3. El papel del pago por servicio

Toda adaptación institucional es delicada. Por un lado, si modifica pocos elementos del sistema que imita, fracasará por no adaptarse al entorno en que ha de vivir. Por otro lado, si modifica muchos de sus elementos, corre el riesgo de desvirtuarlo. En este sentido, es útil señalar explícitamente la inconveniencia de aplicar el sistema español alterando uno de sus principios económicos básicos, como es el que los ciudadanos paguen directamente por los servicios que demandan, quedando así convertidos en clientes.

Posiblemente, en un caso como éste, en que no tiene efectos motivacionales por la no libertad de elegir registro por parte del cliente, la ventaja principal del pago por servicio no reside tanto en permitir que el sistema se autofinancie, sin agravar la generalmente precaria situación del presupuesto estatal<sup>24</sup>, sino en que, al quedar desvinculado de éste, se reduce considerablemente el riesgo de dilución y expropiación de la retribución diferida, riesgo analizado más arriba al tratar del mantenimiento del sistema.

Adicionalmente, con un sistema de pago por servicio la política retributiva del sistema se sitúa al margen de las discusiones políticas sobre las retribuciones de los empleados públicos y se evitan posibles crisis derivadas de un crecimiento mal planificado.

Por un lado, cuando se pretenden crear nuevos cuerpos funcionariales dentro de una administración degradada, cuyos funcionarios suelen ser tan excesivos en número como escasa es su remuneración, aparecen dificultades como consecuencia de que el nuevo cuerpo viene a abrir en gran medida el abanico salarial de los empleados públicos. El conflicto potencial se reduce cuando se trata de funcionarios profesionales retribuidos mediante arancel, cuyos honorarios son pagados por sus clientes, y no entran por tanto en la negociación presupuestaria ni, mucho menos, sindical. La ventaja no se manifiesta sólo en el arranque, sino respecto a cada renegociación salarial.

Por otro lado, los sistemas de retribución diferida basados en remuneraciones salariales suelen padecer crisis destructivas como consecuencia de políticas de implantación y crecimiento excesivamente rápidos. El motivo es doble. Inicialmente, un arranque rápido puede generar una elevación de los salarios en el sector profesional afectado. Esto significa que han de pagarse salarios anormalmente altos en el arranque del sistema. Los incentivos retributivos por categoría y antigüedad empezarán así a contar desde unos niveles anormalmente elevados. Además, el censo de la profesión quedará concentrado en unas cohortes determinadas. Por este motivo, el coste

---

<sup>24</sup> No se pretende aquí un análisis exhaustivo de los problemas que plantea el pago por servicio, los cuales han merecido la atención de muchos autores y han sido objeto de innumerables polémicas. Baste señalar que una de las críticas habituales al pago por servicio, referida a que se desanima la producción de efectos externos positivos, queda sin efecto por el carácter rígido de la demanda, derivado de su carácter casi forzoso.

financiero puede llegar a hacerse insostenible<sup>25</sup>. El problema no afecta, obviamente, a los funcionarios retribuidos mediante arancel.

## 6. Consideración final

Permítaseme terminar con una breve reflexión desde una perspectiva más amplia.

Las posibilidades de aplicación que encierran sistemas como el registral ponen de manifiesto que, al menos para el desarrollo de las funciones básicas del Estado, puede ser útil tomar como referencia estructuras organizativas tradicionales, nacidas o recreadas en el siglo XIX, pero conformadas mediante un lento aprendizaje evolutivo a lo largo de muchas décadas. Este tipo de estructuras, por su mayor grado de adaptación, ofrecen mucha más confianza que no las que resultan de aplicaciones supuestamente empresariales, en las que se importan técnicas e instrumentos de gestión sin atender a las peculiares restricciones a que está sujeta la administración pública<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> La medicina pública española sigue esta descripción desde finales de los años sesenta, en que se expande rápidamente, hasta los años ochenta, cuando se modifica el sistema retributivo. Hemos analizado su evolución en el trabajo citado en la nota 22.

<sup>26</sup> El lector interesado puede consultar, para un desarrollo de estas ideas, nuestro trabajo “Gestión de la competencia en el sector público”, *supra*, n. 13.