

LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA GESTACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS REALES: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Nicolás Nogueroles

Registrador de la Propiedad

Sumario: 1. Introducción. 2. Los derechos de propiedad: sus características. 3. ¿Cómo surgen los derechos de propiedad? 4. La organización institucional: el estado. 5. La respuesta pública a la generación y negociación de los derechos de propiedad. 6. El registro de la propiedad como “sello de calidad” o como “patente”. 7. La intervención pública a través del registro de derechos es más beneficiosa para los consumidores. 8. La necesidad de controles públicos neutrales. 9. Fase obligacional y fase real: los servicios de la contratación. 10. A modo de conclusión. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Asistimos desde hace años a un debate, larvado y oculto las más de las veces, manifiesto y público las menos, sobre nuestro sistema de seguridad del tráfico inmobiliario. Para situar el debate, parece por ello conveniente recordar que el sistema español, del que es columna vertebral el registro de la propiedad, no es más que una copia original del modelo centroeuropeo, hoy dominante en el mundo, definido a mediados del XIX que tanto éxito ha tenido en Derecho comparado como lo demuestra el hecho de que haya sido finalmente recibido en países por principio tan refractarios a la intervención estatal como son los anglosajones. Las continuas reformas del Land Registry inglés o el éxito del sistema Torrens lo prueban cum-

plidamente de modo que se está produciendo la paradoja de que sean los países de tradición menos intervencionista (salvo en EEUU donde la política es más dubitativa) quienes están dando mayor protagonismo al Estado.

El sistema español, por una vez pionero en la recepción de una tendencia histórica irrefrenable, no constituye hoy una excepción en el contexto internacional sino una de las avandallas de una evolución cuya dirección parece a cada paso más firme. Por ello, muchas de las discusiones y planteamientos que se pretenden hoy “originales” no son otra cosa que la reproducción de una vieja cantinela, expresión de un pasado que no quiere pasar. Los problemas planteados no son desde luego nuevos, sino que, después de un minucioso debate,

por lo que a este país se refiere, encontraron respuesta hace más de un siglo en la “familia” liberal progresista, dominante entonces; ni por supuesto son distintos de los suscitados entonces en otros países. No deja de ser curioso que nuestros liberales decimonónicos, cuando de organizar el mercado inmobiliario se trataba, no hayan tenido empacho (como hizo también la reforma “Thacher” y después Blair) en dar todo el protagonismo al Estado. No se trata, por tanto, de un conflicto entre el sistema de derecho latino-germánico y el sistema anglosajón, entre el “civil law” y el “common law”; sino de un debate sobre la mayor o menor intervención que hay que reconocer al Estado en la generación de los derechos reales.

La reaparición del debate ha sido confirmada por el acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008 en el que se prevé la elaboración de una “hoja de ruta” para modificar el sistema de seguridad jurídica evitando solapamientos y duplicidades en la actuación de notarios y registradores. Las expresiones “duplicidades” y “solapamientos”, sin previamente identificar dónde se produce ese solapamiento o la duplicidad, son trampas del lenguaje que evocan la existencia de un problema social donde no lo hay.

Considero que el problema adquiere una nueva perspectiva si se comprende el cambio radical que comporta para la generación, creación y protección de los derechos reales el instaurar un Registro de la Propiedad de Derechos. Las posibilidades son dos fundamentalmente: o el Estado se inhibe, el Registro es sólo un medio para dar publicidad a los documentos, en especial las escrituras públicas, y, en consecuencia, cada ciudadano tiene que componérselas por sí solo en el mercado para despejar las dudas sobre la eficacia y legalidad de los títulos, en caso de contradicción total o parcial, o de sospechas de defectos en su constitución; o, al contrario, el Estado interviene para garantizar la fiabilidad de los derechos publicados y el registro, por tanto, se constituye en un sistema de creación de titularidades inatacables con la garantía del poder público lo que evidentemente rompe y está en las anti-

podas del modelo precedente. Me inclino por esta última posición, por varias razones, que han quedado muchas veces oscurecidas en el actual debate, tan poco original, sobre los Registros.

En la exposición parto de la construcción de los “property rights” elaborada por los juristas y economistas del “Law and Economics” (Miceli, Shavell y Posner) y de la “New Institutional Economy” (North, Libecap y Barzel). Sin embargo, el concepto de derechos de propiedad que empleo no es el mismo del que se sirven algunos autores de esas corrientes doctrinales. Lo uso aquí en un sentido jurídico, como sinónimo de la expresión derechos reales y apunta especialmente a la idea de expeditividad o prontitud en la ejecución (enforcement). La ejecutividad de los derechos no es la misma y depende del número de excepciones que se admiten contra ellos en caso de ejercicio judicial. Los derechos reales son los más “reforzados” de los derechos porque menguan drásticamente la resistencia que puedan oponer terceros contra el uso o disfrute que prometen a sus titulares.

Intentaré mostrar el papel del Registro en la generación de estas titularidades inatacables y con ello en la producción de la información cierta o “patentada”, barata y fiable, sobre la asignación de recursos, que se negocian en los mercados inmobiliarios. Desde esta óptica resultará más fácil establecer el papel de los juristas especializados ante el Registro: llámense solicitors, notarios o conveyancers. Naturalmente, no desconozco que las funciones de los notarios no se agotan en la autorización de documentos que son presentados en los Registros.

La tesis que pretendo desarrollar parte de la dificultad y consiguiente complejidad de los arreglos institucionales que hay que hacer para generar derechos de propiedad fiables, debido a su especial eficacia, y por tanto de los, comparativamente con otros derechos, mayores costes en los que hay que incurrir (apartados II y III) para gestionarlos debido al papel esencial que el poder público debe jugar en su creación. La garantía de una pronta y expeditiva

protección del Estado es determinante para el juego confiado del mercado de la propiedad y especialmente del mercado de capitales —en directa dependencia de la solidez de las garantías— pero ni todos los Estados ofertan el mismo tipo de derechos ni su reputación es la misma ni su sistema de normas y de su ejecución judicial merece la misma confianza. Para el análisis de este punto siguen siendo de referencia obligada los trabajos de Douglas North (apartado IV).

Los mecanismos tradicionales para obtener una declaración definitiva sobre un derecho real (juicio universal de purga o usucapión), debido a su complejidad y lentitud, habían caído en un completo descrédito a principios del siglo XIX ya que no respondían a las necesidades de celeridad y fiabilidad en el tráfico que exigía el mercado que entonces se conforma como consecuencia del proceso desamortizador (apartado V). Frente a esos mecanismos tradicionales, los Registros de la Propiedad de inspiración germana se configuraron como una alternativa capaz de obtener resultados tan fiables como los que ofrecían la pesada purga o la vieja usucapión sin sus desorbitados costes de gestión o su extrema lentitud. Pero no todos los Registros son iguales: existen distintos modelos, y se trata de determinar cuál de ellos pareció entonces el más adecuado y por qué (apartado VI). En este sentido, recientes informes de entidades independientes han permitido verificar empíricamente el coste del funcionamiento de las instituciones así como los beneficios de optar por un modelo u otro (apartado VII).

Poca duda cabe de que la fortaleza de las declaraciones del Registro depende de los controles previos a la práctica de los asientos. La fuerza del efecto depende del rigor del procedimiento como bien saben los especialistas de la Teoría de la Organización. La fortaleza del efecto está aquí muy clara. Todos, hayan o no participado en el negocio de constitución del derecho, van a ser perjudicados por las declaraciones del asiento hasta el punto que verán reducida drásticamente su defensa procesal contra ellas. Menores garantías en la ejecución

exige mayores garantías en la constitución, afirmó ya en su día el TC en la Sentencia 41/1981 de 18 de diciembre precisamente sobre el sumario hipotecario ¿Quién debe defender a esos terceros ausentes en el proceso de documentación del negocio de la constitución del derecho? ¿Es posible que dichos controles puedan ser prestados en régimen de libre mercado? Se trata de decidir si quienes redactan los documentos pueden ejercer esa función de control al nivel requerido por la tremenda fuerza que se quiere reconocer a las declaraciones de los asientos registrales. Para ello realizo una comparación entre el procedimiento administrativo y el registral ya que actos administrativos y asientos registrales tienen eficacia parecida y alcance semejante (apartado VIII) deteniéndome en analizar los diferentes aspectos de la función registral y la notarial, los tópicos sobre el control notarial y la diferencia entre las presunciones de los asientos y las de las escrituras que pongo en directa relación con el distinto rigor procedimental seguido para la confección de unas y otras (apartado IX).

Las materias y problemas tratados en los diferentes apartados no están agotados. Únicamente he tratado de huir de casos concretos lo que es más propio de otro tipo de publicaciones.

2. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD: SUS CARACTERÍSTICAS

La protección y, por ende, la eficiencia de los derechos de propiedad requiere la facultad de excluir a otros de su uso. La posibilidad de cercar las tierras fue un elemento que ayudó a la explotación eficiente de los cultivos frente a las inmisiones de la ganadería. El cerramiento físico de las fincas es una manifestación de la facultad jurídica de exclusión que caracteriza a los derechos de propiedad. Pero la exclusión no es suficiente; además es necesario que los recursos puedan ser utilizados porque sacarán más beneficios de sus explotación y para ello

se requiere que los derechos sean enajenables. Por tanto, para que los bienes sean eficientes es preciso que los derechos sean exclusivos y transferibles. Se impone la creación de un mecanismo que garantice y haga posible estas dos cualidades: exclusividad y transferibilidad. Además, también ha de hacer posible la universalización del derecho.

La ausencia de la facultad de exclusión, desde una perspectiva estática, concluye habitualmente, si no se disponen mecanismos de vigilancia y ello no siempre es posible debido a la magnitud de los costes, en la sobreexplotación, y por tanto agotamiento, de los recursos. Cuando todo es de todos y por tanto no es de nadie, el consumo diferido implica siempre una pérdida individual porque lo que dejo de consumir, terminará por ser consumido inevitablemente por otros. De ahí la racionalidad en esta situación del acaparamiento, el abuso o el sobreconsumo. Asimismo, el no poder apropiarse de (recuperar) los beneficios futuros de mi trabajo o inversión, por no existir la facultad de exclusión de terceros aprovechados o gorriones, contemplado el hecho desde una perspectiva temporal que recibe el nombre de análisis dinámico, desincentiva la producción y fomenta la infrautilización de los recursos. En definitiva, la ausencia de derechos exclusivos de propiedad suele dar lugar a la infrautilización o sobreexplotación de los recursos

Sin embargo, un sistema de derechos de propiedad conlleva también importantes costes, tanto explícitos cuanto implícitos. Ninguna de las notas que hemos considerado necesarias para la eficiencia de los derechos, exclusividad y transferibilidad, están exentas de costes. La exclusividad de los derechos de propiedad es difícil de conseguir; no es por ello siempre óptima (no sólo por tanto porque está sujeta a limitaciones cuando la Política decide en determinado campo dar primacía al interés colectivo o público) y esto supone un coste implícito derivado de la incertidumbre. Cuanto mayor es la incertidumbre menor es el valor del activo porque su valor esperado es menor. También la enajenación de los derechos está sujeta a costes de transacción que son mayores

cuando el derecho tiene eficacia erga omnes, pues cuando el número de afectados se incrementa también aumentan los costes de negociación. Rige aquí en toda su plenitud el principio de eficiencia. Los costes de los arreglos institucionales que garantizan la exclusividad de los derechos, y su alienabilidad, no pueden superar los beneficios que genere su correcta definición.

No todos los derechos son iguales; los más fuertes son los derechos de propiedad porque tienen mayor eficacia ejecutiva. Los beneficios que prometen son menos inciertos, menos futuros. Así, en algunos derechos, la garantía de su plena y efectiva tutela en caso de conflicto posterior puede asegurarse, anticiparse, en el momento de su gestación, pero ello, claro ésta, requiere la intervención del Estado ya que es su protección la que se compromete. La producción de estos derechos es por ello bastante más compleja y, por tanto, más costosa.

3. ¿CÓMO SURGEN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD?

Existen diversos factores que confluyen en el establecimiento de los derechos de propiedad:

1. Costes y beneficios. Cuando los costes de proteger y hacer efectivos los derechos de propiedad son superiores a los beneficios que se pueden obtener no surgen derechos de propiedad. En un reciente proyecto holandés sobre titulación de tierras en la selva de Guatemala, el coste de individualizar y conceder un título de propiedad de una parcela era superior al valor de la propia parcela y, naturalmente, el proyecto fracasó. La ausencia de beneficios estáticos y dinámicos impide la generación de derechos de propiedad.

Los derechos de propiedad son el resultado de los intentos de los individuos y comunidades por maximizar su riqueza, y sólo se organizan cuando las ventajas de la internalización de costes y beneficios de la inversión y el trabajo de cada uno son mayores que los costes en los

que hay que incurrir para evitar las externalidades que si faltan los susodichos derechos se producirán inevitablemente. Se trata de idear un mecanismo para que los beneficios futuros actúen como incentivo frente al primer impulso de centrarse exclusivamente en los beneficios inmediatos, de la misma manera en que, para garantizar la explotación racional de los recursos, hay que buscar fórmulas para que los cazadores prefieran respetar la vida del animal en espera de las crías o los recolectores eviten esquilmar la tierra en espera de los frutos y se transformen en agricultores.

2. Reglas claras y beneficio social. La incertidumbre sobre la titularidad de la propiedad genera enormes costes secundarios (de gestión del mercado). La no existencia de reglas claras sobre la titularidad de los objetos abandonados llevará a una competición en la que sólo uno de todos los participantes podrá apropiarse. Si se conociese el propietario por anticipado y con seguridad, no habría problemas de búsqueda y no se despilfarrarían recursos. Es necesario un sistema de derechos —y mecanismos sociales que los implementen— basado en reglas claras que eliminen la incertidumbre con el consiguiente beneficio para todos.

Toda inversión necesita, como mínimo, el señuelo de su recuperación; no se sembrará si no se puede cosechar, no habrá invención si no pueden apropiarse sus beneficios, ni tampoco existirán préstamos (ni hipotecas) si no puede recuperarse el capital prestado.

3. Definición de los derechos e identificación del titular. Los incentivos son promesas de beneficios futuros o de mantenimiento en el futuro de beneficios presentes. Pero las promesas son sólo promesas; por ello muchos se organizan como derechos y cuando más importantes son más se aseguran mediante la coacción del Estado. Los derechos de propiedad son los más fuertes de todos los derechos. Ahora bien, los derechos no tienen existencia física, son creaciones intelectuales y, por tanto, es necesario identificarlos, individualizarlos y delimitarlos. Si ya la identificación física de los bienes sobre los que recaen los derechos supone costes, mayores costes exigirá la iden-

tificación y delimitación jurídica de los que recaen sobre una misma cosa. Sin una adecuada identificación y delimitación no puede haber exclusión y resultará difícil por no decir imposible (por costosa y difícil) la transmisión de los derechos.

4. Marcas, sellos de calidad y patentes. En el mercado existen marcas comerciales que no sólo identifican los productos sino que garantizan su calidad y facilitan la toma de decisiones por los consumidores sobre qué cosas adquirir. También en los mercados financieros existen agencias de rating, que con más o menos acierto, califican los productos financieros para que los inversores puedan tomar sus decisiones. En el ámbito de los derechos de propiedad es necesario que una institución otorgue una “marca” a los derechos de propiedad, y esta marca no sólo ha de servir para identificar su titular sino también para garantizar su nivel de calidad. Esta marca puede operar, por un lado, como “sello de calidad” del derecho; lo que facilita su negociación o, incluso, como una “patente” con plenos efectos frente a todos y como único derecho vivo. Es decir la marca cuando la incertidumbre es excesiva es el presupuesto de la conversión del derecho en “marketable” (es decir, en comercializable). La opción por organizar derechos con “sello de calidad” o más bien “patentados” será una decisión del Estado. En cualquier caso son fórmulas de uso necesario ante la imposibilidad de realizar un juicio por cada transacción para obtener un título seguro

5. Complejidad y consentimientos en la generación de derechos de propiedad. La creación de los derechos de propiedad (frente a los de crédito) conlleva una mayor complejidad; mientras que el derecho personal supone únicamente la vinculación de la otra parte contratante, los derechos de propiedad suponen la vinculación de todos y por consiguiente la exclusión de todos. Es, por tanto, necesario instrumentar un medio o forma para que, ya que todos van a quedar vinculados por el derecho, todos participen de alguna manera en la creación del mismo, consientan la constitución. Los mayores requisitos para la creación

de los derechos reales están relacionados con la mayor fortaleza de estos derechos que se manifiesta no sólo en la extensión de la vinculación que producen (*erga omnes*) sino también en la mayor intensidad de su eficacia ejecutiva o “enforcement”. La especialización, y por tanto optimización, de los recursos requiere no sólo la libertad de contratar en forma diríamos débil sino también la posibilidad de crear y negociar derechos potentes, es decir, derechos reales o de propiedad.

Las diferentes esferas de utilidad de un mismo bien permiten construir diferentes derechos reales sobre un mismo objeto. Ahora bien la concurrencia de varios derechos reales sobre un mismo inmueble es posible si los derechos están bien delimitados, y por tanto son susceptibles de ejercicio separado. La precisión en la delimitación será mayor a medida que aumente el valor del bien ya que la mejor definición incrementará —y en su caso conservará— el valor del objeto. Propiedad auditada (es decir, fiable) es igual a propiedad revalorizada (como bien saben las empresas y los auditores). Pero no siempre por el hecho de que aumente el valor de un bien surgirá un derecho de propiedad; esto dependerá de otra variable que son los costes de aplicación.

4. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: EL ESTADO

En la creación de los derechos de propiedad, el Estado juega un papel decisivo. Veamos a continuación de qué manera incide en este cometido:

1. Estado, Derecho y certeza. El Estado posibilita la existencia de un orden jurídico, capaz de obligar a los individuos. Para ello se reserva el monopolio del uso de la fuerza que tiene como finalidad garantizar sin fricciones (lo que sería inevitable si el régimen fuese de autotutela) la protección de los derechos. Como consecuencia de la identidad entre el orden jurídico y el Estado corresponde a éste la exclusiva en la seguridad y protección de los

derechos. Pero no puede garantizarse la protección del Estado de los “derechos de propiedad” si, a su vez, no ostenta la facultad de intervenir en la definición de los derechos. Otra cosa sería una promesa o compromiso adoptado a ciegas. El Estado, cuando se trata de garantizar anticipadamente su protección, debe intervenir en el establecimiento del contenido y alcance de los derechos reales y, en general, en todo lo referente a la adquisición, uso y transferencia de las promesas de beneficios futuros o de mantenimiento futuro de los beneficios presentes en que consisten los derechos.

El Estado convierte un orden en permanente e inviolable y lo dota de sanción; es, por tanto, una condición del Derecho. El Estado ha de posibilitar que los ciudadanos puedan desarrollar su actividad libremente dentro de los límites señalados por el Derecho y para ello es necesario que los ciudadanos tengan asegurados sus derechos y estén dotados de certeza.

La certeza y predictibilidad de la actuación del Estado en relación con los derechos es un factor decisivo para confiar en el sistema jurídico. El compromiso del Estado en la protección de los derechos es determinante de la calidad de estos. El valor de los derechos de propiedad y, en última instancia, la existencia de los mismos, depende de la posibilidad de hacerlos valer frente a todos, ya sea constituyéndolos ya sea transmitiéndolos. Todo eso depende del marco institucional que llamamos o conocemos como Estado. La fiabilidad con la que el Estado respalde y respete los derechos es la tasa de credibilidad de los mismos. Por ello, no todos los Estados son iguales, no todos suscitan la misma confianza porque el compromiso en la defensa y respeto de los derechos es diferente.

En definitiva, la credibilidad de los derechos dependerá de la predictibilidad y certeza del comportamiento del Estado, de los límites a su actuación y de la ausencia de arbitrariedad. No obstante, la certeza en el mundo del Derecho nunca es absoluta; por ello en relación con los “derechos de propiedad” es necesaria la existencia de instituciones que reduzcan o eliminen la incerteza, que proscriban los comportamientos

arbitrarios y que garanticen que nadie será privado de su derecho sin su consentimiento. En la medida que estos últimos comportamientos tengan lugar, la reputación del Estado disminuye y con ella la confianza en los derechos y en particular en los de propiedad con todas las consecuencias que conocemos para el mercado de capitales (los recientes acontecimientos que han tenido lugar en Iberoamérica respecto a las inversiones extranjeras son una buena prueba de lo anterior).

2. Estado de Derecho y autolimitación del poder. La construcción del Estado de Derecho no es más que un mecanismo por el cual el Estado autolimita su actuación de conformidad con lo previsto en las leyes; con ello elimina la arbitrariedad y aumenta la confianza de los mercados. Sin embargo, como hemos dicho, la certeza no es absoluta, existe un margen de discrecionalidad que consiste en el paso de lo general a lo particular, del “deber ser” al “ser”, de la norma a la sentencia y de esta a la ejecución. La eliminación de esta incertidumbre se consigue con un pronunciamiento autoritario sobre el contenido y alcance de los derechos, en definitiva, sobre la protección que otorga el Estado. Este pronunciamiento corresponde en los Estados de Derecho realizarlo a los Tribunales, con lo que introduce un nuevo elemento de incerteza: la previsibilidad de los comportamientos de los Tribunales.

Al igual que para evitar la incerteza se han creado mecanismos para facilitar la prueba de la existencia y extensión de los derechos de propiedad, los Estados más avanzados han establecido sofisticados mecanismos para que sus declaraciones sobre derechos de propiedad vinculen anticipadamente a la jurisdicción. Con este mecanismo se ha compensado la creciente ampliación de los espacios de la jurisdicción, que ha caracterizado el Estado constitucional de derecho.

3. Estado fuerte y la protección de los derechos de propiedad como contenido del Estado mínimo. Hay que distinguir entre la fortaleza institucional de la organización estatal y la extensión del ámbito de sus funciones. Mientras que la fortaleza del Estado, capacidad de im-

poner el cumplimiento de las normas y decisiones, es una condición de posibilidad de los derechos de propiedad, la mayor extensión de las funciones estatales, el tamaño del Estado, no es una exigencia de la fortaleza del Estado (dependerá de la inmediatez del debate político y de la evolución de la sociedad). Por tanto, puede haber poco Estado y el Estado ser fuerte y, a la inversa, existir mucho Estado y este ser débil.

La aparición del Estado supone la existencia de una *res* pública, que no es directamente de un particular; y la fortaleza estatal es necesaria para evitar la captura por grupos, castas o corporaciones; dicho en otros términos, la patrimonialización del Estado por unos pocos, la confusión del interés público con el privado o del poder económico y el político. La debilidad o captura del Estado pondría al servicio del interés particular mecanismos públicos, y con ello los mecanismos de vinculación por anticipo de la jurisdicción en materia de derechos reales sin un previo control público (ejecuciones hipotecarias). La desigualdad en la sociedad se trasladaría al Estado y este se asentaría sobre el privilegio y no sobre el principio básico de su organización, que es la igualdad de los ciudadanos. La captura del Estado serviría para aumentar la desigualdad y disfrazar de interés público los intereses particulares.

Entre las funciones irrenunciables del Estado, aquellas sin las cuales se debilitaría el Estado o sin las que no existiría Estado de Derecho, se encuentra la protección y seguridad de los derechos con especial énfasis en el derecho de propiedad. Los economistas clásicos (A. Smith, J. S. Mill), frente a lo que generalmente se afirma, entienden que corresponde al Estado la garantía del cumplimiento de los contratos y la seguridad de la propiedad. Hoy la protección de los derechos de propiedad constituye una de las funciones mínimas que el Estado debe asumir (Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial 1997).

4. Estado, estructura de los derechos de propiedad y crecimiento económico. El Estado, al determinar la estructura de los derechos de propiedad se convierte en un factor deter-

minante para el crecimiento económico. Los incentivos o promesas de recompensa que necesitan los agentes económicos dependen de la estructura de los derechos de propiedad y ésta, como hemos dicho, es responsabilidad del Estado. Sin embargo, la historia demuestra que no siempre el Estado favorece una estructura eficiente, que no siempre hay crecimiento sino también hay estancamiento y declive económico. El Estado puede producir derechos de propiedad ineficientes (la concesión de privilegios a la Mesta por razones fiscales, en perjuicio de los agricultores, es un ejemplo clásico de una deficiente organización de los derechos de propiedad).

Aun así, el Estado es una necesidad social, pues el establecimiento de un marco normativo, la definición, protección y “enforcement” de los derechos no puede ser realizado por los particulares. El Estado goza del monopolio del uso de la fuerza y esto le otorga una ventaja respecto a los particulares que pretendiesen ejercer las mismas funciones. Además, esta función —definir y proteger los derechos de propiedad— el poder público la realiza a un coste inferior a los particulares.

Tanto el coste de definición del derecho cuanto el coste de negociación llevan consigo el coste de identificación de todos los perjudicados presentes o futuros y la prestación de su consentimiento; coste que resultaría excesivo y difícilmente realizado por los particulares. Además, existen también unos costes de conservación (aplicación) y otros costes de defensa o de hacer respetar los derechos, en especial el coste de exclusión ante las intromisiones ilegítimas. Los costes están interrelacionados entre sí de manera que si el derecho no ha sido adecuadamente definido o especificado no se podrá sustentar una demanda de exclusión por violación del mismo, y esto requiere la organización de los consentimientos y de esto depende la fortaleza del derecho.

5. Inconvenientes: costes de agencia y buscadores de rentas. El Estado precisa de unas instituciones y unos agentes (burocracias) para cumplir sus funciones y esto da lugar a un “coste de agencia” que en algunos supues-

tos pueden constituir o bien un obstáculo a la innovación y a la mejora institucional, o bien servirse de la estructura estatal en propio beneficio. También, en la medida que el Estado determina la estructura de los derechos de propiedad, existe la tentación por parte de los grupos de interés organizados de controlar el Estado, incrustarse en el mismo y capturar al regulador. Más de cuatro mil millones de ciudadanos en el mundo viven en Estados no sometidos al Derecho y, como se observa, el mercado no surge espontáneamente en un idílico estado de la naturaleza; sólo hay mercado con reglas y estas sólo son posibles en un marco institucional.

5. LA RESPUESTA PÚBLICA A LA GENERACIÓN Y NEGOCIACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

1. Introducción. Visto en el apartado anterior que la definición y protección de los derechos de propiedad es una función del Estado, corresponde ahora analizar las instituciones o mecanismos a través de los cuales el Estado logra dicho fin. El mercado exige que se dé respuesta a diferentes preguntas: a) ¿quién está legitimado para disponer?, b) ¿cómo hacer que los derechos sean exclusivos?, c) ¿cómo evitar la evicción?, d) ¿cómo conocer las cargas y gravámenes que afectan a un bien?, e) ¿qué es necesario para que la adquisición de un derecho sea inatacable? En definitiva, cómo se pasa del ámbito meramente obligacional a la fortaleza de los derechos reales y, además, a un coste de transacción razonable. La institución de la que se va servir el Estado es el Registro de la Propiedad y, en última instancia, los Tribunales de Justicia pues el Registro sólo cumplirá su misión: en la medida que el contenido de sus asientos sea tenido en cuenta por los Tribunales. ¿De qué manera cumple el Registro de la Propiedad los cometidos que tiene asignados? Éste va a ser ahora nuestro objeto de estudio.

2. Legitimación para disponer. El Registro ofrece un legitimado para disponer, identifica la

persona idónea con quien contratar de manera que nadie pueda ser privado de su derecho sin su consentimiento. En principio, protege la titularidad con una regla de propiedad (property rule), según la terminología de Calabresi y Melamed, aunque como enseñan estos mismos autores si los costes de transacción son muy altos, será preferible una regla de responsabilidad (liability rule). Por tanto, la identificación de las titularidades y determinación del “verus dominus” será un problema esencial estando su respuesta relacionada con el sistema registral.

3. Los riesgos de la evicción. Puede suceder que la calidad jurídica del bien inmueble adquirido no se ajuste a la ofrecida por el vendedor y se produzca un daño por evicción. La eficiencia del sistema exige que los daños sean asumidos por el que los hubiese evitado con más facilidad, es decir, a menor coste, y, por tanto, hay que diseñar medidas para que este evite el siniestro. En el ámbito inmobiliario, el que puede impedir a más bajo precio el daño de evicción (best cost avoidance) es el agente del siniestro que, a su vez, tiene los mejores incentivos para ocultarla. La evicción surge por la ignorancia de unos hechos pasados, que no necesariamente tuvieron lugar durante la titularidad del vendedor sino de cualquier eslabón de la cadena del que traiga causa. De este modo la evicción se vincula con la fiabilidad de la investigación de la titularidad del transferente y, por tanto, el mejor remedio para abordar el problema será la información abundante, exacta y barata. El Registro aparece como la institución que nos permite contratar sin temor a perder el bien adquirido por evicción, materia que estará estrechamente ligada con la calidad de la información.

4. La concurrencia de una pluralidad de derechos: la especialización funcional y la calidad de la información. La correcta definición de los derechos permite que sobre un mismo bien distintas personas ostenten derechos diferentes. La posibilidad de desmembrar el derecho de propiedad y separar distintas funciones aumenta la eficiencia económica de los recursos (propiedad y derecho de superficie, nuda propiedad y usufructo) porque permite

una asignación eficiente de los bienes y facilita la especialización funcional (propietario y arrendador cultivador; acreedor hipotecario y deudor empresario). Sin embargo, la existencia de una multiplicidad de derechos, cargas y gravámenes supone un aumento de los costes de búsqueda, negociación y obtención del consentimiento. Además, en la medida que los derechos pueden ser contradictorios o compatibles, es necesario invertir en costes para la resolución de conflictos; el problema se agrava si algunas de estas cargas son ocultas. Es necesario contar con instituciones que faciliten las búsquedas, la negociación y resuelvan la colisión de los derechos jerarquizando los compatibles y excluyendo, en su caso, los incompatibles. La multiplicidad de derechos pone de relieve la necesidad de contar con una información fiable y barata, pues no todas las informaciones son económicamente eficientes; únicamente lo serán cuando el coste de su obtención sea inferior a su utilidad. La realidad muestra en el ámbito inmobiliario que los privados no producen una información de la misma calidad que los sistemas registrales: no pueden hacer una inquisición general fiable y, además, en un mercado como el inmobiliario la velocidad y la agilidad vuelven obsoleta la información en un breve lapso de tiempo. La información será fiable y de calidad si el pronunciamiento sobre la existencia de derechos es inatacable (irreversible) y esto último dependerá del modelo de sistema registral. No todos los registros ofrecen la misma calidad de información porque tampoco tienen la misma fuerza sus asientos.

5. La inatacabilidad. Los derechos reales vinculan a todos y, por tanto, tienen carácter absoluto. Nadie puede estorbar o impedir el uso o goce que prometen. Si el derecho es irresistible frente a muchos pero hay alguien ante el cual sucumbe, pierde el carácter absoluto y se convierte en relativo; del ámbito real pasamos al obligacional. En Roma, el único medio que otorgaba una propiedad de carácter absoluto y, por tanto, que eliminaba cualquier otro derecho incompatible era la *usufructio* (Buckland). No quedaba rasgo de relatividad. En cambio, cuando se trata simplemente de probar que un

título es mejor que otro (*maius ius*) pero sin poder declarar que es el “único título”, nos encontramos ante el ámbito de la posesión pero no de la propiedad. El otro medio por el que podemos obtener un derecho inatacable es por medio de una declaración judicial. El derecho es seguro cuando ha sido aceptado por todos y esto históricamente tiene lugar en un procedimiento de purga en el que todos los interesados, conocidos o no, son genéricamente intimados a un proceso. A través de este proceso fingido, se extingue todo derecho contradictorio con el nuevo que nace. Sin embargo, estos mecanismos de seguridad resultan inadecuados para el mercado inmobiliario actual, que no puede esperar los plazos de la usucapión para obtener la seguridad ni tampoco puede realizar un procedimiento judicial de purga para cada transacción porque resulta antieconómico. No obstante, la respuesta pasa por una declaración del poder público que se asimile a una declaración judicial en un procedimiento sumario y que produzca los efectos de una usucapión abreviada. En definitiva, se trata de articular un mecanismo seguro, barato y sencillo.

La mayor o menor fortaleza de los derechos reales se determina a través de su eficacia ejecutiva. Se muestran como superiores aquellos derechos cuyo “enforcement” es posible a un menor coste, y ese coste se reduce cuando se restringen considerablemente las posibilidades de contradicción o de oposición al derecho. Pero este ahorro “ex post” en el proceso de ejecución se logra a través de una mayor complejidad y encarecimiento del proceso de constitución “ex ante”. El control del poder público en la constitución del derecho se compensa con una facilidad mayor para la ejecución como se observa con el derecho real de hipoteca.

6. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO “SELLO DE CALIDAD” O COMO “PATENTE”

La respuesta a los problemas enunciados en el apartado anterior está indisolublemente

unida a la opción por un determinado sistema de Registro de la Propiedad. No todos los Registros de la Propiedad responden del mismo modo y ni con la misma intensidad a los problemas planteados. En la medida que algunos de estos aspectos (legitimación, evicción, inatacabilidad) no queden resueltos, existirá un ámbito que propiciará la intervención de algunas profesiones jurídicas o compañías de seguros para suplir las insuficiencias del modelo. Por ello, no es de extrañar que históricamente estas profesiones o actividades se hayan opuesto al establecimiento de los Registros de la Propiedad, dificultado su desarrollo y que, aun hoy, propugnen la vuelta a modelos de Registros débiles, con toda la regresión que ello supone.

1. El Registro de Documentos como “sello de calidad”. El Registro de prioridad, también llamado Registro de Documentos o “Register of Deeds” no es prueba de la propiedad. El Registro no incorpora ningún juicio sobre la validez de lo publicado y por ello acceden los documentos aunque se refieran a derechos contradictorios. El Registro confiere prioridad y su principal efecto es la oponibilidad. Aunque en este sistema prevalecen los documentos sobre los asientos, cuando surja un conflicto entre varios contratos procedentes de un mismo causante se atenderá a la fecha del Registro y no a la de los contratos. En este sistema no hay cierre y, por tanto, los derechos contradictorios pueden acceder al Registro; tampoco hay tracto (en Italia hay una figura próxima y en Francia similar) y por ello no es preciso adquirir de titular inscrito; lo reflejado en la Conservaduría no es inatacable, puede ser vencido por otro derecho aunque no haya accedido al Registro; ni siquiera hay legitimación para disponer pues los asientos no gozan de una presunción de veracidad y exactitud; en definitiva, hay oponibilidad pero no fe pública.

La existencia de un débil control de entrada, generalmente distinto del de salida, permite que se publiquen cadenas de titularidades contradictorias. El último propietario puede ver derrumbarse su derecho no sólo porque su

título de adquisición esté viciado, sino también porque lo esté el de cualquiera de los eslabones anteriores de la cadena en que se sustenta. El título actual nunca se convalida, el Registro no lo protege de la nulidad de los títulos de los que traiga causa. Declarado nulo un título, se produce el “efecto dominó” y todos los posteriores caen, y cuando esto ocurre, recobra toda su fuerza la titularidad contradictoria que resultaba de otra cadena y parecía de menor vigor.

En las Conservadurías o Registros de Documentos no hay una atribución segura de derechos porque: 1) todos los documentos han sido admitidos, no ha existido un intenso control de entrada; 2) no ha tenido lugar una depuración de los derechos ni han sido eliminados los contradictorios, no hay tracto ni cierre; 3) todos los asientos están vivos y, por tanto, el fallo de cualquiera de ellos puede hacer caer todos los posteriores de la misma cadena. Por consiguiente, la información que suministran al mercado estos Registros no puede nunca tenerse por cierta; existe un margen de incertidumbre porque falta una declaración irreversible sobre el derecho. Si los datos de los que se parte no son inatacables la información no puede ser segura.

Las insuficiencias de este sistema intentan ser suplidas por la actividad de otros profesionales que, bajo diferentes denominaciones (notario, solicitador, conveyancer, abogado o compañía aseguradora de títulos) prestan asesoramiento, investigan los títulos, dictaminan sobre los defectos y la calidad de los títulos y, en algunos casos, ofrecen seguros de títulos. Frente a los sistemas de “private conveyancing” el Registro de Documentos supone un avance porque al contener depositados o transcritos los documentos y atribuirles prioridad facilita las investigaciones y búsquedas. Falta, sin embargo, un juicio del poder público sobre el derecho y mientras no exista hay que recurrir a los servicios de profesionales y, en muchos casos, contratar seguros y fianzas. La labor de investigación se ve facilitada actualmente por el empleo de las nuevas tecnologías, por la existencia de índices o ficheros de fincas

y por la introducción del tracto o figuras similares en algunos sistemas, aunque no del cierre registral.

La lógica del sistema es la publicidad de los títulos, prevalecen los títulos sobre los asientos registrales, existe un amplio campo para la actuación de las profesiones dedicadas al “conveyancing”, pues la falta de una garantía estatal de los derechos hace que los títulos tengan que ser investigados retrospectivamente en cada transacción asumiendo el riesgo y, por tanto, el coste el nuevo adquirente. La falta de una información depurada, la no existencia de una declaración del poder público sobre el derecho, impiden que la información procedente de este Registro sea “patentable” y, por ello, consideramos que se trata simplemente de un “sello de registro” que se concede a todos los derechos que entran en el Registro sin que ello suponga que “cada finca tenga un solo propietario y cada derecho un solo titular” (Pardo). Y aun en el caso de que así fuera, el derecho que no goza del “sello registral” podría prevalecer pues no existe un pronunciamiento “ex ante” del poder público que lo haga inatacable.

2. El Registro de Derechos como “patente”. En el Registro de tráfico, de fe pública o Register of Title, el asiento es la prueba del derecho. No todos los derechos pueden acceder, únicamente entran los válidos. La facultad de exclusión, característica de los derechos de propiedad, se manifiesta en el “cierre registral”: los derechos incompatibles o contradictorios con el derecho inscrito no entran en el Registro. La especialización que caracteriza los derechos reales exige la correcta definición de los mismos y esto se plasma en el ámbito registral en el principio de especialidad que exige que los derechos sean claros y determinados. El Registro responde de modo oficial a la pregunta ¿quién es el titular del derecho? Confiere el título de dueño; no dice que en determinada fecha un sujeto celebró un contrato sino que declara oficialmente quien es actualmente el titular. Esto último es la consecuencia de la presunción de exactitud del derecho que resulta de los asientos registrales, de la que carecen los Registros de Documentos, y que recibe el

nombre de principio de legitimación registral. Además de ofrecernos un legitimado para disponer, si el titular actual adquirió cumpliendo lo exigido por el ordenamiento jurídico (buena fe, a título oneroso, de titular inscrito e inscribe), la adquisición tiene carácter inatacable (conclusive o indefeasible). La legitimación, junto con la fe pública registral, permite afirmar que el derecho es lo que consta inscrito en el Registro y, por tanto, el asiento es el título (the register is the title).

Los anteriores efectos pueden conseguirse porque existe un control público de entrada que impide el acceso de cualquier derecho. Este control, que comprende no sólo aspectos formales sino también materiales, varía en los diferentes países según el sistema de transmisión de la propiedad (causal o abstracto). Es por ello que la información que procede de este modelo registral está basada en pronunciamientos seguros del poder público y por tanto las informaciones son consideradas ciertas y merecen credibilidad. Sólo son seguras las informaciones que contienen los libros del registro, porque sólo de ellas garantiza el Estado su fiabilidad (State guarantee). Este mecanismo, de atribución inatacable de derechos y el correspondiente sistema de información, sólo es posible en virtud de una decisión institucional sin que pueda ser realizado por el mercado. La dificultad de alcanzar acuerdos cooperativos debido a la indeterminación del número de propietarios pone de manifiesto que el mercado no puede cubrir la información socialmente necesaria. Ha sido la existencia de incentivos de carácter público (ventajas, sanciones o restricciones) lo que ha permitido la creación de los registros.

El papel de las profesiones que intervienen en las transacciones inmobiliarias cambia completamente en relación con el Registro de documentos; los incentivos también son distintos. El Registro ofrece un propietario para cada finca, no es necesario contratar el dictamen de un jurista ni el seguro de una compañía. El Registro ofrece los derechos depurados y “auditados”: dejan de ser necesarios unos servicios altamente especializados. El Registro dictami-

na sobre la calidad del derecho y lo garantiza. Sin embargo, hay siempre una necesidad de autenticación para evitar fraudes y falsedades (Gómez de la Serna en sus comentarios a la primitiva Ley de 1861 admite la aportación de documentos no notariales extranjeros siempre que se garantice su autenticidad). La aparición de la firma electrónica entendida como un mecanismo de autenticación documental (Land Administration in the UENEC Region, Comité Económico para Europa de las Naciones Unidas) viene a responder a esta necesidad y no es casualidad que hayan surgido importantes resistencias a su desarrollo. Las mismas resistencias que en el pasado dificultaron en diferentes países la implantación de un sistema de Registro de Derechos y, todavía hoy, dificultan su desarrollo o favorecen su regresión.

La fe pública es una decisión institucional que evita la incertidumbre. El titular del derecho es el que declara el Registro, aunque con ello la “regla de propiedad”, según la cual, sólo a través de un acuerdo se puede desalojar al titular, sea reemplazada por una “regla de responsabilidad”, que permite puede privarse al titular por medio de una indemnización fijada objetivamente. El fundamento económico de la fe pública se encuentra, por un lado, en la necesidad de proteger el uso más valioso. La asignación de los usos más valiosos se facilita negando a los propietarios un remedio de prohibición contra las invasiones y limitando el remedio al pago de daños, en un contexto de costes de transacción elevados, como acontece en el mundo de intercambios impersonales en el que las partes no se conocen y carecen de información. Por otro lado, la certidumbre que requieren los mercados exige que terceras partes no puedan alterar los atributos de los derechos inscritos y, por tanto, la información que obtengan del Registro sea completa y definitiva. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la fe pública y la legitimación son presunciones de derechos de origen legal; presumen la existencia actual de un derecho prescindiendo, una vez practicado el asiento, de todos los documentos que contengan la referencia a un hecho o negocio que aconteció

en el tiempo. Así el Tribunal Constitucional en la Sentencia 87/1997 de 24 de abril, en su FJ 5 señala *“En efecto, en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos “en virtud de los que se practican los asientos”...agotan sus efectos ante el registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de ese momento, al practicarse el asiento, es ese acto el que produce los efectos propios del registro... constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad”*. En cambio, la prueba de los hechos compete a la actuación de los fedatarios públicos y no comprende la ausencia de hechos excluyentes o destructores. Las inscripciones registrales, como presunciones de derechos, son afirmaciones de derechos o relaciones jurídicas como existentes o no existentes. La fe pública opera como una presunción legal “absoluta”, “inderrotable” o “concluyente” en la terminología de Taruffo.

En el Registro de Derechos prevalece el asiento sobre los documentos y esto supone un cambio trascendental respecto al Registro de documentos. El esquema según el cual el Registro es un mecanismo para publicar los documentos que le llegan es superado cuando el Registro realiza una atribución de derechos y por tanto confiere un título inatacable que resulta de un procedimiento tabular. La publicidad no es el aspecto más importante del Registro; sin desconocer su importancia, lo determinante es el procedimiento de generación de titularidades de derechos con la garantía del poder público. Mientras que en el sistema de las conservadurías la investigación es retrospectiva, de manera que en cada transacción es necesario examinar la cadena de títulos, en el Registro de Derechos basta examinar el último asiento. El título no se deduce históricamente sino que resulta del pronunciamiento tabular. No es tanto una investigación cuanto una verificación. El asiento es autosuficiente en cuanto al derecho, contiene toda la información relevante. No hay que mirar “detrás” del Registro, principio del telón (curtain principle). Cada asiento supone una nueva atribución y por

ello sólo interesa el último; tiene lugar un corte con la situación anterior. Es por ello que las inscripciones se extinguen en cuanto a tercero por la inscripción de transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona —art. 76 LH—. La realidad jurídica es la que refleja el Registro (principio del espejo o mirror principle), salvo las excepciones a la fe pública (overriding interests), y el pronunciamiento registral sobre el derecho goza de la garantía estatal (State Guarantee). En caso de error la indemnización correrá a cargo del sistema registral (insurance principle) pero el que ha confiado en el Registro será mantenido en su adquisición (fe pública, indefeasibility). El principio romano “nemo dat quod non habet” es sustituido por la fe pública. La nueva lógica supone una redefinición de las funciones de los profesionales de la contratación en relación con el Registro, a los primeros les corresponden los aspectos contractuales mientras que al segundo le corresponden los aspectos reales. En este sistema el título es “fabricado” por el Registro y así en la terminología anglosajona se habla de “Title by Registration”. Supone una ruptura con el modelo anterior y la aparición de un nuevo mecanismo que transforma todo el proceso de transmisión de los derechos reales cuando la propiedad está inscrita.

Es por ello, que los pronunciamientos del Registro pueden ser patentados pues en ellos se ha eliminado la incertidumbre, tienen carácter inatacable y gozan del respaldo del poder público. Sólo las patentes proporcionan protección contra cualquier duplicación de la invención al igual que sólo el Registro de Tráfico evita la duplicación de los titulares de los derechos. Asimismo, las patentes no pueden ser registradas sin un previo examen, con el fin de evitar la concesión de patentes de dudosa validez. Prueba de ello es el hecho de que la llevanza del Registro de Patentes de EEUU durante el período 1793 a 1836 sin ningún control público de acceso se saldó con el colapso y fracaso de la institución. De igual modo, tampoco puede funcionar un Registro de Tráfico sin un previo control para evitar la existencia de derechos de dudosa validez o eficacia claudicante

El Registro de Derechos es una solución pública al tráfico inmobiliario; supone un grado mayor de intervención del Estado que el Registro de Documentos, pues realiza un juicio sobre quién es el titular del derecho y además lo garantiza. El poder público asegura el derecho y esta actividad no puede ser realizada por el mercado y, como veremos en el siguiente apartado, el poder público realiza esta actividad de modo más eficiente que el mercado.

7. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DEL REGISTRO DE DERECHOS ES MÁS BENEFICIOSA PARA LOS CONSUMIDORES

Las ventajas que ofrece el Registro de Derechos a los consumidores, por contraposición al Registro de documentos, han quedado constatadas en numerosas ocasiones a través de diferentes estudios. A continuación se exponen algunos de los trabajos más significativos en este campo.

1. Registro de Documentos versus Registro de Derechos: ventajas y desventajas. El Registro de Documentos presenta aparentemente como ventajas: la mayor sencillez de su procedimiento y por tanto el menor coste; el carácter voluntario de la purga y del examen de los títulos. El carácter voluntario de la purga y el examen de los títulos no son una exigencia legal del sistema y, por tanto, tendrían carácter opcional. Según los economistas, esto fomentaría la aparición de un sector privado que prestaría servicios de examen de títulos, subsanación de defectos y aseguramiento. En principio, la competencia entre los distintos prestadores de servicios debería fomentar una reducción de precios, una mayor adaptación a los cambios y el empleo de las nuevas tecnologías.

Sin embargo, la realidad desmiente las supuestas ventajas. No existe la pretendida reducción de costes: la evidencia empírica muestra que el precio del Registro de Documentos no

es inferior al precio del Registro de Derechos. Además, los servicios de notarios, abogados, conveyancers o compañías de seguros son superiores en el modelo de Registro de Documentos como resulta del *Doing Business 2009* del Banco Mundial. Tampoco la competencia produce los efectos deseados pues las profesiones, ya sea la notarial, o las empresas dedicadas al "title insurance" están fuertemente reguladas y acaban creándose monopolios naturales. Los precios están regulados y existen barreras de entrada ("Study Conveyancing Services Market" coordinado por el Centre of European Law and Politics ZERP para la Comisión Europea). Y por último, el examen voluntario de los títulos conduce en la práctica a un examen en cada transacción con las duplicidades que ello supone, sin que nadie asuma el riesgo del examen previo que no deja de tener carácter privado, ya lo realice el dictaminador de la compañía de seguros en Estados Unidos o el notario en Europa.

En cuanto al Registro de Derechos presenta como ventaja su mayor seguridad, pero como desventaja se dice que es más caro y también, dada su mayor complejidad, más lento. La mayor seguridad de este Registro es generalmente admitida, en especial, por la doctrina de aquellos países en los que conviven los dos modelos aunque con predominio del Registro de Documentos como son Italia, Francia y Estados Unidos. En lo referente a los costes ya hemos anticipado que es más barato no sólo por los costes de transacción explícitos sino también por todos aquellos costes que elimina. Los datos sobre costes están recogidos en los Informes de la Federación Hipotecaria Europea, del Banco Mundial y del ZERP. También la lentitud del sistema viene desmentida por los datos recogidos en los Informes antes mencionados.

2. Informe de la Federación Hipotecaria Europea 2003 titulado "Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets" elaborado por Mercer Oliver Wyman. Entre las variables que son tenidas en cuenta para analizar el desarrollo del mercado hipotecario se encuentran: a) costes operativos asociados a los procesos de formalización y registro de

hipotecas; b) tiempo de registro de las hipotecas; y c) tiempo de ejecución o recuperación de las garantías. Comparando los cinco mayores países de la Unión Europea el resultado es el siguiente: el coste operativo sobre el saldo del crédito hipotecario en los países con Registro de Derechos (Alemania 0,43, Reino Unido 0,40 y España 0,38) es inferior al de los países con Registro de Documentos (Francia 0,72 e Italia 0,68); el tiempo medio de Registro de las hipotecas, contado en meses, es superior en los países con registro de documentos (Italia 1,2, Francia 1) que en los que existe un Registro de Derechos (Reino Unido 0,75, Alemania 0,35 y España 0,20); también el tiempo medio de ejecución de las garantías hipotecarias es superior en los países con Registro de Documentos (Italia 5 años) que en los países con Registro de Derechos (Reino Unido y Alemania 12 meses y España 9 meses) aunque esta última variable depende no sólo del sistema registral sino también del funcionamiento del sistema judicial y del tipo de procedimiento de ejecución.

3. El informe de la Federación Hipotecaria Europea 2005 titulado “Study on the cost of Housing in Europe”. El estudio analiza los costes de transacción ligados a la adquisición de una vivienda en la Unión Europea y en particular los costes legales de la intervención de solicitors o notarios, por un lado, y los costes de registro por otro lado. En los países con Registro de Documentos (Bélgica, Francia, Grecia e Italia) el coste de la intervención de los solicitors o notarios supone el 1,9% del valor de la transacción mientras que en los países con Registro de Derechos (Dinamarca, Inglaterra, Alemania, España y Suecia) representa el 0,36%. Los costes del registro también son notablemente superiores en los países con Registro de Documentos 0,90% respecto a los países con Registro de Derechos 0,39%.

4. Doing Business 2009 del Banco Mundial. Los costes y trámites necesarios para registrar una propiedad es una de los aspectos que analiza el Banco Mundial en su informe anual “Doing Business”. Comparando la situación de los Registros en las cinco principales economías de la UE —Alemania, Francia, Reino

Unido, Italia y España— se observa que el Registro español presenta los costes de transacción más reducidos. Para una compraventa estándar de un inmueble valorado en 1.145.125 € los costes del Registro español son 457 € mientras que en Francia e Italia, ambas con un Registro de Documentos, ascienden a 1.145 € y 1.004 € respectivamente. Sin embargo, más significativos son los costes de la intervención notarial que no baja en ningún país con Registro de Documentos de los 3.500 €. De las cinco principales economías, Francia es la que presenta unos costes notariales más elevados: 9.447 €. En el caso italiano, el notario además de cobrar 4.1094 € por la redacción del documento, incrementa sus honorarios en otros 1.700 € por investigar el título. En cambio, en España, donde no hay necesidad de investigar el título, el coste de la intervención notarial se reduce a 708 €. Este coste es más reducido en Austria, país en el que existe un Registro de Derechos, donde la intervención notarial es facultativa y únicamente se exige que las firmas estén autenticadas, cobrándose 111,30 € por firma autenticada. Distinto es el caso de los países en los que existe un Registro de Derechos y no se requiere la intervención notarial —Inglaterra, Dinamarca y Suecia—, pero en los que las transacciones se realizan habitualmente con la intervención de solicitors, como ocurre en Inglaterra. Sin embargo, este coste no ha sido tenido en cuenta en el informe.

Siguiendo con la comparación de las cinco economías más importantes, también es el sistema español el que practica los asientos en un tiempo más reducido, 18 días frente a los 113 días en los que se demora el procedimiento en Francia. También el número de trámites necesarios para registrar una propiedad es más elevado en países como Francia (nueve trámites) o Italia (ocho trámites). No obstante, dentro de los Registros de Derechos existen divergencias en cuanto a honorarios y tiempo, pero ello está relacionado con el modelo de gestión en la prestación del servicio; en otras palabras, con los costes de agencia.

5. Estudio sobre “Conveyancing Services Market” 2007, realizado por el Zentrum für

Europäische Rechtspolitik (ZERP) de la Universidad de Bremen y otras instituciones, por encargo de la Comisión de la Unión Europea, conocido como el “informe de Bremen”. Según este estudio, los costes de transacción, en una enajenación de un bien inmueble por valor de 250.000 €, referidos a la intervención de profesiones legales —notarios o abogados— y referidos a los países antes señalados, son los siguientes: Italia 1,38%, Francia 1,18%, Alemania 0,58%, Inglaterra 0,54% y España 0,48%. De nuevo los países con Registros de Documentos o Conservadurías presentan los costes más altos por la intervención de notarios u otros juristas, costes superiores al 1%. Esto mismo acontece en otros países con Conservadurías como son: Bélgica 1,23% y Grecia 2,6%. Por tanto, no es casualidad que el estudio recomiende los Registros de Fe Pública bajo la terminología “positive publicity”, porque sólo este modelo de Registro garantiza la adquisición inatacable del que adquiere confiando en el Registro. Es el Registro y no la intervención de un notario u otro profesional quien garantiza “the definitive substantive legality of the transaction under substantive law”. El Registro garantiza el carácter inatacable del derecho, protege de la evicción (“the absence of successful claims e.g. for restitution”). Ante la fuerza e importancia de los efectos que derivan del Registro, el estudio recomienda que en algunos Estados se reorganicen y se les dote de un mayor número de juristas.

6. En todos los informes y estudios se observa atendiendo a los datos empíricos que los Registros de Derechos reducen a la mitad los costes derivados de la intervención de notarios, solicitors u otras profesiones que participan en la fase contractual. Las investigaciones y exámenes retrospectivos de los títulos desaparecen. En general, también resultan más bajos los costes de registrar en un Registro de Derechos, aunque este dato más que ser una consecuencia del sistema depende de la manera de organizar la gestión. En definitiva en el Registro de Derechos son menores no sólo los costes de transacción explícitos sino también los implícitos; esto es, todos aquellos que evita

o ahorra por la depuración que realiza de la propiedad y fortaleza de sus pronunciamientos.

Si, desde el punto de vista doctrinal, los autores reconocen la superioridad del Registro de Derechos respecto del Registro de Documentos, en particular los autores de aquellos países en los que conviven los dos modelos, y también los datos empíricos muestran la mayor eficiencia en términos económicos de un modelo sobre otro, la pregunta es obvia: ¿por qué no ha triunfado legislativamente en todos los países el Registro de Derechos? Y lo que es más grave ¿por qué en los países en los que existe un Registro de Derechos que funciona eficientemente hay intentos de regresión, de vuelta al sistema de las conservadurías? El problema no es nuevo y ni siquiera es particular de España. La historia muestra que los Registros de la Propiedad se establecieron con la oposición de los solicitors, notarios, grandes propietarios o compañías de seguros, así aconteció en Francia, Inglaterra, Australia y Estados Unidos. El caso inglés es paradigmático; los solicitors pactaron no oponerse al Registro siempre que sus honorarios por la contratación aumentasen entre un 50 y 350%; el Registro sirvió para facilitar el trabajo de los solicitors, pero los costes de la contratación aumentaron para los ciudadanos. Los solicitors se apropiaron de las rentas que generaba el Registro al mantener inicialmente el monopolio de la contratación inmobiliaria, con lo cual, más que para beneficiar a los ciudadanos, el Registro sirvió para facilitar el trabajo de los solicitors.

La estrategia frente al Registro presenta unas pautas que se repiten en los distintos países: en una primera fase existe una oposición frontal a la implantación de los Registros, pero en una segunda fase, cuando estos parecen inevitables, se pasa a propugnar los Registros de Documentos o Conservadurías. Además, en las épocas de crisis inmobiliarias o fluctuaciones del mercado surgen situaciones de ansiedad e inseguridad. En España, la situación no es muy distinta a la vivida por otros países; en los años cuarenta algunos creyeron a Nuñez Lagos cuando decía que “toda orga-

nización del Registro de la propiedad debe ser vigilada por el notariado”; pero hoy, cuando el Registro cumple su función de control público independiente y, por tanto, los documentos autorizados por notario son objeto de calificación, surge la nostalgia por el sistema de las conservadurías que existe en otros países de la Unión Europea. Basta con observar la posición oficial del notariado español recogida en el informe del Consejo General del Notariado a la hoja de ruta prevista en el apartado vigésimo tercero del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008.

8. LA NECESIDAD DE CONTROLES PÚBLICOS NEUTRALES

1. Planteamiento de la cuestión. Los controles son necesarios en la medida en que benefician a todos, pero no cuando sólo benefician a los titulares de un “interés especial” en perjuicio del “interés de todos”, fenómeno que puede dar lugar a la tiranía de los controles. Se trata de controles en los que “nadie pierda”, en los que según la teoría de los juegos las situaciones de suma no nula se transformen en sumas positivas: se proteja la seguridad del tráfico y con ello la seguridad del derecho.

Partiendo de esta idea general, observamos que en el ámbito inmobiliario registral tales controles existen, si bien no muestran siempre la misma intensidad. Tal intensidad se muestra como directamente proporcional a la fuerza de los asientos registrales. En el caso del Registro de Derechos, los controles y los efectos son más fuertes que en el Registro de Documentos. La Fe Pública o indefeasibility es la máxima expresión de estos efectos, dando lugar a una situación inatacable a favor del que ha adquirido confiando en el contenido del Registro y ha cumplido los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, que puede llevar a una “adquisición a non domino” o lo que algunos llaman “efecto expropiación”. El crear títulos ejecutivos de base registral en los que se reduce

el derecho de defensa o el reforzamiento de los existentes es otro poderoso efecto del Registro. Pues bien, la posibilidad de que tenga lugar una “adquisición a non domino”, así como la reducción de los medios de defensa, exigen un riguroso control de entrada para evitar que acontezca el “efecto expropiación” y que resulte razonable la limitación de las causas de oposición. En otras palabras, la fortaleza de los efectos está en estrecha relación con rigor del procedimiento de creación de títulos amparado por el Estado llamado procedimiento registral. Por este motivo interesa ahora examinar los controles del procedimiento registral y la función que cumplen. La limitación o retraso de la tutela judicial sólo puede justificarse por la existencia de un control en el procedimiento registral.

2. Acto administrativo y acto registral. Tanto los actos administrativos cuanto los registrales proceden del poder público (y son expresión de la actuación del Estado como tercero imparcial). Los efectos con los que el ordenamiento reviste a ambos son muy semejantes: a) presunción de legalidad (art. 57 de la LRJAEPAC y art. 38 de la LH); b) irrevocabilidad de las declaraciones de derechos que en ellos se contienen en beneficio de terceros de buena fe (art. 106 de la LRJAEPAC y art. 34 de la LH); c) habilitan para la ejecución sumarisima de los derechos reconocidos (arts. 94 y 111 de la LRJAEPAC y art. 692 de la LEC).

Sin embargo, estos efectos generalmente admitidos en relación con los actos administrativos, por ser la administración portadora del interés público, plantean el interrogante de por qué admitirlos en las relaciones entre privados. ¿Qué razón lleva a que el Estado conceda a un ciudadano frente a otros la presunción legal de existencia del derecho, el carácter inatacable del derecho declarado y el poner toda la coacción del Estado a su favor en contra de cualquier otro?

La respuesta está en el riguroso examen, no sólo de los aspectos formales sino también materiales, al que se someten los derechos que pretenden obtener el respaldo estatal derivado del pronunciamiento registral. El Tribunal Consti-

tucional al plantearse la constitucionalidad de procedimiento de ejecución hipotecaria de carácter sumario que tiene su fundamento en el asiento registral dice, en la Sentencia 41/1981 de 18 de diciembre, que *“la posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede”* y en el mismo sentido añade *“la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar el procedimiento registral”* (FJ 7). La ausencia de este control supondría la concesión a los particulares de poderes de naturaleza pública. Y llevaría a la paradoja de que lo que el Estado no se permite cuando defiende el interés público lo estaría admitiendo cuando se concede ese mismo poder a un particular, en defensa de un interés privado, frente a otro particular.

3. ¿Puede el mercado realizar este control en régimen de libre competencia? Los escándalos protagonizados por las empresas Enron, Adelphia, WorldCom, en los que la contabilidad no reflejaba la situación real (el 40% de las inversiones de WorldCom eran ficticias), pusieron de manifiesto las insuficiencias de la actuación de las auditoras elegidas por la propia firma auditada, elección que les reportaba importantes retribuciones y con ello el interés en agradar a la empresa que les había contratado. En definitiva, fallaba el incentivo. Esto no significa que siempre las empresas de auditoría actúen incorrectamente, sino que cuando deseen hacerlo no encontrarán obstáculos sino todo lo contrario. Un comportamiento similar en la actual crisis financiera han tenido las agencias de rating: han otorgado calificaciones de triple A a productos financieros que se han revelado tóxicos. Sin embargo, aunque una agencia de rating hubiese querido actuar correctamente, la posibilidad de elegir otra se lo hubiese impedido, como nos recuerda Krugman. También resulta un obstáculo el que las agencias presten asesoría en el diseño de los productos y después emitan una valoración del mismo producto en cuya ingeniería han participado.

En cualquier caso, el problema es idéntico: las empresas eligen al auditor o agencia de rating, el perjudicado por los informes o calificaciones resulta ser un tercero, el inversor al que se le proporcionan datos erróneos para tomar sus decisiones, mientras que el beneficiado por el comportamiento es la misma sociedad que elige. A lo anterior se añade que se ha dificultado desde el propio gobierno a los organismos públicos el ejercicio de sus funciones de supervisión, bien privándoles de medios, bien reduciendo el personal cualificado, y también se han cambiado “las reglas del juego” provocando confusión y vacíos normativos que han permitido surgir las prácticas nocivas. Si esto ha ocurrido respecto de unas agencias o empresas auditoras que sólo emiten una opinión o juicio, el problema se agrava cuando se trata de atribuir derechos con eficacia frente a todos.

La existencia de efectos externos derivados de los asientos registrales impide que se atribuya sólo a una parte, portadora de uno de los intereses en juego, la elección del calificador. En el procedimiento registral no existe sólo el interés del que pretende la inscripción *“en el Registro cuando entra un derecho es porque sale otro y los asientos siempre benefician y perjudican al mismo tiempo a personas con intereses distintos y generalmente contradictorios”* (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoséptima, 22 de enero de 2008). Además, los derechos de propiedad, como hemos visto, se caracterizan por ser exclusivos y ello supone necesariamente la existencia de intereses antagónicos. La libertad de elección protegería sólo al que pudiese elegir. Es por ello que la libertad de elección sólo sería admisible si en la elección participasen todos los afectados por el asiento.

Sin embargo, organizar un sistema en el que participen todos los afectados y la inscripción produzca efectos “erga omnes” sería complejo y con unos altos costes de gestión, los afectados pueden ser terceros inscritos o no, y estos últimos pueden estar determinados o ser indeterminados. La función de control no puede estar sujeta a la elección del mercado, y el Registro organiza un procedimiento sumario con el que

obtener y representar los consentimientos de todos los afectados.

Lo contrario sería poner a disposición de una parte la posibilidad de crear títulos con presunciones de legalidad, con carácter inatacable y con una tremenda fuerza ejecutiva. No sería coherente que el Estado, para concederse a sí mismo un título con eficacia ejecutiva, tuviese que seguir unos trámites y, en su caso, respetar las garantías de los administrados según la LR-JAEPD (que comprenden la libertad de prueba, la llamada a los perjudicados y la contradicción), y que dispensase de ese procedimiento cuando se trata de un particular contra otro y le concediese un título dotado de la misma fuerza. No es admisible que la función de control se conceda a un privado o a un funcionario con clientela, elegido por la parte beneficiaria del título que se pretende crear. Esto equivaldría a privatizar el control pero manteniendo los efectos públicos. De este modo, los negocios de los operadores más fuertes conseguirían la protección del Estado. Así, por ejemplo, en materia de hipotecas los diseños contractuales que salen de las asesorías de los bancos obtendrían una declaración del poder público susceptible de ser ejecutada por el juez como si de una sentencia se tratara. Esto difícilmente superaría un juicio de constitucionalidad. En este sentido, comprobamos que el ejecutivo hipotecario, de base registral art. 130 LH, tiene muy limitado el derecho de defensa art. 695 LEC a diferencia del ejecutivo ordinario (basado en un título notarial o una letra de cambio), en el que el demandado puede hacer valer todas las excepciones de fondo y forma admisibles en Derecho (arts. 557 y ss; y art. 613 y ss de la LEC). Los títulos de origen administrativo tienen una especial fuerza ejecutiva porque defienden el interés público y por tanto, cuando títulos de similar fuerza se ponen a disposición de un particular frente a otro han de cumplirse, como mínimo, las garantías institucionales básicas que se exigen para los públicos, entre ellas, un control imparcial.

4. El control público neutral ejercido por el Registro es la respuesta en el Derecho comparado. El Registro de Derechos no es una

peculiaridad de los países de tradición jurídica germánica, sino que se encuentra también en los países pertenecientes a la familia anglosajona y también en la escandinava. Es un tópico carente de base en el ámbito registral contraponer los sistemas de seguridad de tipo latino-germánico frente al anglosajón. El sistema registral español se parece más al sistema inglés que al sistema francés. Mientras que en un gran número de Estados en los Estados Unidos tienen un sistema registral similar al francés, salvo aquellos en los que perdura un sistema Torrens, que son minoría.

El control de acceso que realiza el Registro español es similar, pese al tópico de presentarlo como excepcional, al que tiene lugar en Europa; bien sea en países pertenecientes a la familia legal de influencia germánica: Austria (art. 94 Gründ Buch Gesetz), Suiza (arts. 965 y ss del Código Civil y arts. 13, 14 y 15 Ordonnance sur le Registre Foncier), Regiones del Norte de Italia (arts. 26, 93 y 94 (Disposizione relative ai Libri Fondiari nei territori delle nuove province)); bien en países de influencia anglosajona: Inglaterra (secciones 16, 17, 61, 193 y 197 Land Registration Rules, Irlanda (arts. 64, 88 y 93 Land Registration Act); o bien en países escandinavos: Suecia (secciones 18 a 20 Land Code), Finlandia (capítulos 12 y 14 del Código de Bienes Inmuebles). Sin embargo, existen algunas peculiaridades en atención al mecanismo de transmisión, como ocurre en Alemania, donde en principio el negocio obligacional, en atención a la abstracción, no llega al Registro, pero ello no significa que se reduzca la intensidad control que comprende la legitimación (parágrafos 19 y 20 Grund Buch Ordnung). Además, en ciertos casos puede pedirse el negocio obligacional. La práctica presenta algunas peculiaridades en las que no podemos detenernos. No es casualidad que en el ámbito anglo-sajón al referirse a las facultades del registrador se emplee la expresión “cuasi-judicial powers” (Para un estudio más detallado me remito a mi trabajo “La evolución de los sistemas registrales en Europa”).

Pues bien, en Europa la tendencia de las últimas reformas ha sido la de robustecer el

Registro y paralelamente liberalizar la prestación de los servicios de contratación (licensed conveyancers en Inglaterra). En 1979, Escocia abandonó el Registro de documentos (Deed System) para implantar un Registro de derechos (Title System) y simultáneamente se aprobó la Ley de derogación de los derechos feudales; en 1995, Finlandia, y en 2002, Inglaterra, en plena época Blair, reforzaron el Registro. Entre los requisitos para la adhesión a la Unión Europea figuraba que los países hubieran establecido un sistema de Registro y también, ha sido un denominador común, en todas las economías en transición, así como en los procesos de paz tras los conflictos bélicos regionales: el implantar un Registro.

9. FASE OBLIGACIONAL Y FASE REAL: LOS SERVICIOS DE LA CONTRATACIÓN

1. Introducción. El Registro de la Propiedad aparece unido a la generación o “fabricación” de derechos reales mientras que existe una fase previa y distinta constituida por la contratación en la que prestan sus servicios abogados, notarios o solicitors. En derecho español, fruto de la tradición romanista, los derechos reales tienen como causa generalmente un contrato y éste, a su vez, es fuente de obligaciones. Por tanto, los derechos reales aparecen insertos en un marco jurídico-obligatorio o entremezclados con los derechos de crédito que tienen eficacia sólo entre las partes contratantes. Por ello, es necesario separar el derecho real de aquellos otros de eficacia relativa o personales. Esta labor no siempre es fácil y puede dar lugar a confusiones entre los que intervienen en las distintas fases del proceso. Sin embargo, hay que señalar que es una constante en los ordenamientos distinguir claramente entre los que intervienen en la documentación y aquellos otros que inscriben en los registros.

2. La distinción está en el Código Civil. La sistemática del Código contempla las diferentes fases así como las diversas instituciones im-

bricadas en cada una de ellas. Mientras que la propiedad y demás derechos reales, así como el Registro de la Propiedad y el valor de sus asientos aparecen ubicados en el Libro II, la escritura pública y su valor están regulados en el capítulo referente a la prueba de las obligaciones, dentro del Libro IV de las obligaciones y contratos. Pues bien, las presunciones de los asientos y de las escrituras son completamente distintas. La fe pública notarial se refieren a hechos: así lo recoge el art. 1218 del CC y art. 319 de la LEC referidos a la fuerza probatoria de los documentos públicos, lo afirma la doctrina (Carnelutti), el Tribunal Supremo y más recientemente también el Consejo General del Poder Judicial. Ni siquiera el art. 17bis de la Ley del Notariado establece una presunción de derecho pues únicamente presume la legalidad del otorgamiento, no del acto o negocio jurídico documentado. En cambio las presunciones derivadas de los asientos registrales se refieren a los derechos: que existe el derecho, que pertenece a determinado titular, que tiene la extensión determinada en asiento, que el derecho no se anulará ni resolverá por causas que no figuren en el Registro. No presumen la legalidad de ningún contrato ni de un documento (art. 33 LH), se refieren a los derechos reales por ello no hay ningún trasvase.

3. El trasvase inexistente. La pretensión de que el documento notarial “impregnado de una presunción de legalidad” es el que comunica ese valor al asiento registral y sirve de fundamento al principio de legitimación registral o el afirmar que la calidad y garantía del documento notarial es lo que permite que existan Registros que no sean de mera publicidad (Resolución 70/2005 de la Unión Internacional del Notariado) no se sustentan ni doctrinal ni empíricamente. Desde un punto de vista práctico el análisis de la realidad desmiente las anteriores afirmaciones. Hay Registros de Derechos que funcionan con documentos privados y sus asientos gozan de especial fuerza (Inglaterra, Australia, países escandinavos) y también hay sistemas en los que el particular puede elegir entre documento notarial o privado con firmas autenticadas y los asientos gozan de fe pública

(Austria, Italia del Norte) cualquiera que sea el documento empleado. Desde el punto de vista teórico, la eficacia registral no es una proyección de la eficacia documental; las presunciones operan en distintos ámbitos mientras que las presunciones del documento se refieren a la veracidad del hecho de la manifestación pero no alcanzan a la veracidad intrínseca de dicha declaración; en cambio, las presunciones de los asientos registrales se refieren al derecho y por ello presumen su contenido exacto e íntegro. Las presunciones y fuerza de los asientos no son consecuencia de los documentos sino del sistema registral; también en los Registros de Documentos hay documentos notariales y sin embargo, los asientos no gozan de las presunciones de exactitud. Los efectos los producen los asientos y no los documentos (STC 87/1997, de 24 de abril). La documentación notarial no es ninguna exigencia indispensable para la existencia de Registros de Fe Pública, pues los hay que funcionan sin ella y sin merma de seguridad, sino una opción de política legislativa en cada Estado. El que no sea una necesidad no significa que no existan razones para considerarla conveniente en un determinado país. Joaquín Costa, al estudiar la autenticidad, reconoció la posibilidad de una fe pública sin notariado.

4. La conveniencia de la documentación auténtica. Al Registro de la Propiedad no le interesa la llegada de documentos que contengan declaraciones falsas. Conviene que se pruebe la fecha, la identidad de los contratantes y las declaraciones. También interesa, salvo que se trate de formularios precalificados, que la redacción de los negocios sea realizada por un experto jurista con lo que se evitarán defectos. El notario, en tanto que depositario de la fe pública por un lado, y profesional del Derecho por otro lado, se encuentra en disposición de realizar esta función de manera eficiente.

Es por ello que entre la función notarial y el papel del Registro no tienen lugar solapamientos. Además, la función de redacción de los documentos con arreglo a las leyes y la evaluación de la legalidad nada tiene que ver con el control ejercitado por el Registrador, que

recibe el nombre de calificación. La pretendida instauración de un control notarial sobre la validez, similar al ejercido por el Registrador, ha sido rechazado por el Informe de Bremen por entender: a) que el notario, pese a su configuración en algunos países como una “autoridad pública” su función es “esencialmente económica”, sujeto a las leyes del mercado, b) que dicho control no superaría un test de proporcionalidad, c) que la intervención notarial puede llevar a engaño al consumidor si se le hace creer que es definitivo cuando existe un control posterior, d) que el referido control es ejercitado de modo más adecuado por el Registrador.

Tampoco el referido control tiene apoyo en el derecho español: a) En el Código Civil hay casos en que la invalidez del negocio o de una cláusula no impiden su documentación, si las partes están de acuerdo pueden elevar a público negocios inválidos (art. 1279 CC), b) la denegación de la autorización atacaría la libertad contractual (art. 1255 CC y 38 CE) y la libertad de forma (art. 1278 CC), c) existiendo un monopolio notarial de acceso al Registro (art. 3 LH), la denegación de la forma impediría la protección registral al no poder practicarse el asiento registral, privaría del rango e impediría el acceso a la propiedad (art. 1473 CC, arts. 32 y 34 LH), d) cuando el notario observe la existencia de defectos, como regla general procederá a autorizar y realizará las oportunas advertencias (art. 194 RN), pero cuando el negocio que se pretenda formalizar constituya un delito o existan leyes particulares que por razón de interés público lo dispongan, denegará la formalización. Esta es también la regla seguida en el derecho europeo (parágrafo 17.2 Ley de Documentación en Alemania, y el art. 53 del Reglamento Notarial de Austria). El TS en Sentencias de la Sala 3 de 20 de mayo, 7 de julio y 14 de octubre de 2008 ha anulado los preceptos del Reglamento Notarial que pretendían introducir un control de legalidad notarial.

5. La fe pública notarial y los “juicios u opiniones” del notario en el procedimiento registral. Si al utilizar la expresión “control de

legalidad notarial” únicamente quisiese decirse que el notario tiene obligación de cumplir con las leyes en el ejercicio de su actividad y emitir una opinión sobre la legalidad del acto, no plantearía especiales problemas, salvo la terminología empleada. Ahora bien, si el control de legalidad lleva a la “presunción de legalidad del documento”, (que no existe en ningún precepto, no la reconocen los tribunales y resulta inadmisibles según el art. 385 de la LEC), y con ello el amparo de los tribunales, los ciudadanos y las Administraciones Públicas no podrían desvirtuar los documentos notariales salvo que se entablase un pleito y se venciera. Desaparecerían los controles ulteriores, sólo quedaría el control notarial, y con ello se infringirían las normas que rigen el procedimiento administrativo, el tributario y el registral. Sin embargo, todo lo anterior carece de apoyo en el derecho positivo y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el fondo, salvando cuestiones terminológicas, se está planteando a quién y qué vincula del documento notarial. En relación con el procedimiento registral, aunque es aplicable a todo procedimiento ante la Administración, las valoraciones jurídicas del notario, sus juicios u opiniones, como ocurre en otros países de Europa, no vinculan al registrador en su calificación (art. 18 LH). En cuanto al ámbito de la fe pública es preciso hacer constar que las últimas reformas que han abordado la regulación de la fe pública en algún caso han supuesto una disminución de su eficacia: A) Con la Ley 24/2001 se introduce el art. 17bis.2.b) en la Ley del Notariado, que reduce a presunción de veracidad e integridad lo que antaño era inoponibilidad. Así el documento privado hecho para alterar lo pactado en escritura pública “no producía efecto contra tercero” art. 1221 CC, pero hoy sólo hay una presunción que puede desvirtuarse con el documento privado. B) Con el RD 45/2007, de 19 de enero se introduce el art. 143.4 del RN, que permite desvirtuar los efectos de la fe pública notarial a las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. El precepto ha sido declarado conforme a derecho por el Tribunal Supremo en Sentencias de la Sala 3 de 7 y 14 de octubre de 2008 pues

hay que contemplarlo en relación con las normas a las que remite. El registrador puede, en el ejercicio de sus competencias y en la medida que una norma con rango de ley le da cobertura, desvirtuar no sólo la veracidad intrínseca de las manifestaciones sino también los hechos recogidos en el documento notarial mediante otros medios de prueba que le sean aportados y teniendo presente la libre valoración de todas las pruebas en conjunto y siempre que exista motivación (Tribunal Constitucional Auto 271/1990, Sentencias 76/ 1990, 341/1993, 35/2006; Tribunal Supremo 10 mayo 1999, 12 de julio 1999, 16 de julio 2001).

6. Cambios en el mercado de prestación de servicios. Tradicionalmente el notario realizaba una función de asesoramiento, como consecuencia de su papel de profesional del Derecho, redactaba los negocios jurídicos, como “ingeniero transaccional” y como funcionario ejercía la fe pública. Sin embargo, el mercado actual es distinto del mercado de hace cien o cincuenta años: hoy existe una mayor especialización funcional y han surgido potentes operadores, en especial en el ámbito de la contratación hipotecaria, que interfieren en la prestación y organización de los servicios profesionales. En la función de asesoramiento el notario compite con los abogados especializados, en particular en el ámbito mercantil y societario. En el diseño contractual cada vez es mayor el número de documentos redactados con arreglo a minuta, piénsese en las hipotecas de los bancos que en los últimos años han supuesto alrededor de un millón y medio de documentos por año, redactados, salvo excepción, con arreglo a la minuta preparada por la asesoría jurídica del banco. Y por último, en la dación de fe ha surgido en los últimos tiempos un nuevo mecanismo de autenticación documental que recibe el nombre de firma electrónica. Este procedimiento de autenticación documental, llamado en el ámbito anglo-sajón “notarización electrónica”, compite adoptando la forma de entidades de certificación con las funciones notariales. Naturalmente hay diferencias, pero el proceso de comprobación de la autenticidad de los documentos electrónicos

no va referido a la intervención de un funcionario público, sino al tipo de firma utilizada. Si el documento ha sido firmado con la firma electrónica reconocida, el sistema de comprobación es semejante a los documentos públicos. Todos estos cambios no dejan de plantear interrogantes sobre la función notarial.

7. Identificación y consentimiento informado. La fase contractual y la fase real, la redacción del documento y la inscripción, son momentos que no sólo permanecen separados sino que también son desempeñados por distintos sujetos. La identificación y asesoramiento de las partes corresponden a la primera fase y, actualmente, en un mercado en el que las transacciones tienen lugar entre extraños, adquieren una importancia decisiva. Tal es así, que hoy el mayor número de fraudes y con ello la mayor vulnerabilidad del sistema se encuentra en la identificación. No es casualidad que las aseguradoras de títulos lo hayan detectado. Sin embargo, las últimas reformas legislativas han ido dirigidas a disminuir la responsabilidad por los errores en la identificación (art. 23 Ley del Notariado según la redacción dada por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre). La prestación de asesoramiento, tras la crisis subprime, ha adquirido especial relevancia; Shiller opina que si las personas de bajos ingresos hubieran tenido acceso a un asesoramiento de calidad la crisis jamás se hubiera producido. Es por ello que propone la participación de un profesional similar al notario que pondría trabas a las agencias hipotecarias que decantan a sus clientes hacia abogados afines a ellas que no advierten adecuadamente a los clientes de los peligros a que están expuestos. ¿El asesoramiento notarial tendría lugar en todos los casos o sólo cuando intervenga una parte con pocos recursos económicos? ¿identificado el consumidor con la firma electrónica sería suficiente el asesoramiento de un abogado elegido por la parte?

10. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos visto, el Estado desempeña un papel decisivo en la protección y definición

de los derechos de propiedad: la credibilidad de los derechos depende del compromiso estatal en su defensa y reconocimiento, la obtención de un título de propiedad seguro e inatacable requiere una declaración del poder público. Sin embargo, el mercado no tolera que para cada transacción se tenga que celebrar un juicio universal, ni tampoco puede esperar el cumplimiento de los plazos de usucapión. El Registro de la Propiedad aparece entonces como la institución que permite en un procedimiento sumario obtener una declaración del poder público de carácter absoluto, entendida como capaz de resistir cualquier pretensión contradictoria. Desde esta perspectiva la idea de publicidad es secundaria respecto a la previa declaración de derechos que realiza el Registro.

No obstante, no todos los sistemas registrales suponen el mismo grado de intervención pública ni realizan una declaración de derechos de igual valor. Sólo el Registro de Derechos o de Fe Pública es capaz de realizar una declaración que tiene carácter inatacable y por eso la información que suministra al mercado se tiene por cierta y merece credibilidad. La decisión de la autoridad se impone en estos casos, superando las dificultades, incertidumbres y elevados costes que en otro caso se generarían en el mercado. La Fe Pública va siempre acompañada de la garantía del poder público; el Registro “patenta” los derechos y evita duplicidades, y su eficiencia está contrastada por la evidencia empírica. Necesariamente ha de ser así, porque los derechos reales son los derechos con más fuerza ejecutiva y dan lugar a unos mayores costes de constitución, y requieren un procedimiento más riguroso. Todo ello es asumido por el poder público, que garantiza un control neutral que no podría prestarse en un régimen de libre mercado.

En este modelo de Registro de Derechos intervienen diversos profesionales, cada uno desarrollando una función distinta. La función del notario o de los abogados especializados ante el Registro pertenece al ámbito de la contratación, no se solapa por tanto con la función del Registro. Los efectos del documento públi-

co y de la fe pública notarial son distintos a los efectos derivados de los asientos registrales, de la misma manera que la calificación del Registro es diferente y no puede ser realizada ni por el notario ni por otro operador económico. Si

el Registro produce externalidades, todos los interesados deben poder participar en la elección o no sirve la libre elección. Lo contrario sería hacer pasar los controles de parte como controles neutrales.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Apartado II

En cuanto a las obras procedentes de autores de la Nueva Economía Institucional y del “Law and Economics” hoy existe una amplísima bibliografía y entre las obras generales podemos señalar:

R. COOTER y Th. Ulen *Law and Economics*. Pearson, 5ª edición, Boston 2007.

E. G. FURUBOTN y R. RICHTER *Institutions and Economic Theory*. The University of Michigan Press, 2ª Edición, Michigan, 2005.

T. J. MICELI *Economics of the Law*. Oxford University Press, Oxford 1997.

T. J. MICELI *The Economic Approach to Law*. Stanford Economics and Finance, Stanford 2004.

F. PARISI y Ch. K. ROWLEY (ed) *The Origins of Law and Economics*. Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

R. A. POSNER *Economic Analysis of Law*. 7ª edición, Wolters Kluwer, Nueva York, 2007. La idea de análisis dinámico supone contemplar la actividad económica en una dimensión temporal, teniendo en cuenta los diferentes períodos en que tiene lugar —período de cultivo, período de cosecha—. Mientras que el análisis estático no tiene en cuenta la dimensión temporal y los ajustes se producen instantáneamente.

S. SHAVELL *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press Cambridge 2004.

Apartado III

Sobre cómo surgen los derechos de propiedad:

H. DEMSETZ *Toward a Theory of Property Rights*. American Economic Review 57, 1967, págs. 347-359.

J. R. UMBECK *A Theory of Property Rights*, The Iowa University Press, Iowa 1981.

G. D. LIBECAP *Contracting for Property Rights*. Cambridge University Press Cambridge 1989.

D. G. NORTH y R. P. THOMAS *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)* Siglo XXI, 5ª edición, Madrid 1991.

Y. BARZEL *Economic Analysis of Property Rights*. 2ª Edición, Cambridge University Press Cambridge 1997.

Sobre los costes de transacción, los trabajos básicos del premio Nobel y fundador del Análisis Económico del Derecho, Ronald Coase se encuentran traducidos y recogidos:

R. H. COASE *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza Editorial Madrid 1994.

Una recopilación de trabajos sobre los property rights:

R. C. ELICKSON, C. M. ROSE, B. A. ACKERMAN *Perspectives on Property Law*. Aspen Publishers, 3ª edición, Nueva York 2002.

J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL *Property*. Aspen Publishers, 6ª edición, Nueva York 2006.

T. W. MERRILL, H. E. SMITH *Property: Principles and Policies*. Foundation Press, Nueva York 2007.

En cuanto a los derechos de propiedad como expectativas o promesas de beneficios, (the idea of property consists in an established expectation) J. BENTHAM *Principles of the Civil Code* incluido en *The Works of Jeremy Bentham*, Thoemmes Press, Vol. I, Bristol 1995.

Apartado IV

La teoría de los derechos de propiedad es incompleta sino va acompañada de una teoría sobre el Estado. Los trabajos del premio Nobel Douglass C. North desde la perspectiva de la historia económica de los derechos de propiedad constituyen una importante contribución.

D. C. NORTH *Structure and Change in the Economic History*. W. W. Norton, Nueva York 1981.

D. C. NORTH *Institutions, Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, Cambridge 1990.

D. C. NORTH *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton University Press, Princeton 2005.

En cuanto a la Teoría del Estado:

M. HAURIOU *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Comares, Granada 2003.

G. JELLINEK *L'Etat moderne et son droit*. M. Giard y E. Briere, Paris 1913. Especialmente interesantes son las críticas de este autor al concepto de “administración de derecho privado” acuñado por Haenel y posteriormente divulgado por Zannobini.

H. KELSEN *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, Quinta reimpresión, México 1995.

M. WEBER *Economía y Sociedad*. Segunda reimpresión, Fondo de Cultura Económica México 2002.

E. FORSTHOFF *Stato di diritto in trasformazione*. Giuffrè, Milán 1973.

E. W. BOCKENFORDE *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta Madrid 2000.

L. FERRAJOLI *Democracia y garantismo*. Trotta Madrid 2008.

La vinculación entre Estado y Propiedad está recogida en el pensamiento de los economistas clásicos. Destaca Adam Smith para el que la adquisición de la propiedad supone el establecimiento del gobierno civil. Donde no hay propiedad no es necesario el gobierno civil. Frente a Locke entiende que el gobierno civil no surge de un pacto sino del progreso natural de los hombres en sociedad.

A. Smith *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. Edición conmemorativa del bicentenario de la primera edición de la obra a cargo de R. H. CAMPBELL y A. S. SKINNER, OIKOS TAU Barcelona 1988.

Sobre el papel del Estado en el pensamiento de los economistas clásicos:

D. P. O'BRIEN *Los economistas clásicos* Alianza Editorial, Madrid 1989.

Entre los trabajos más recientes que contemplan la relación entre el Estado y la protección de los derechos de propiedad y de los que no son parte en los contratos. En el Estado de la Naturaleza no existe el mercado:

F. FUKUYAMA *La construcción del Estado*. Ediciones B, Madrid 2004.

A. de Jasay *The State*. Liberty Fund Indianapolis 1998.

M. OLSON *Poder y prosperidad* Siglo XXI, Madrid 2001.

Sobre el papel de las burocracias y la captura del regulador:

M. OLSON *The Logic of the Collective Action*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1971.

J. M. BUCHANAN *Constitutional Economics*. Basil Blackwell, Oxford 1991.

Sobre la calidad del respaldo estatal y el tipo de descuento de la arbitrariedad C. R. Pardo *Los costes del riesgo de evicción*. (En prensa)

Apartado V

G. CALABRESI y A. D. MELAMED *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*. Harvard Law Review 85, 1972, págs. 1089-1128.

G. CALABRESI *El coste de los accidentes*. Ariel, Barcelona 1984.

B. OLIVER *Derecho Inmobiliario Español* Sucesores de Rivadeneyra, Tomo I, Madrid 1892.

B. ARRUÑADA *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Centro de Estudios, Madrid 2004. Este autor con anterioridad había publicado el *Análisis Económico del Notariado*. CGN. Madrid 1995.

W. W. BUCKLAND y A. D. MCNAIR *Roman Law and Common Law*. Cambridge University Press, 2ª Edición, Cambridge 1965.

C. R. PARDO *Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 614, enero-febrero 1993, págs. 111-164.

Sobre el papel del mercado en la producción de información es importante la polémica entre H. Demsetz *Information and efficiency: Another viewpoint*. Journal of Law and Economics, 12, 1969, págs. 1-22 y K. J. Arrow *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Investment*, incluido en la obra *The Rate and Direction of Inventive Activity* Princeton University Press, 1962, págs. 609-625; y posteriormente *The Economics of Information*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1984.

Apartado VI

W. M. LANDES y R. A. POSNER *The economic structure of intellectual property law*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 2003.

Una síntesis sobre el funcionamiento de los sistemas registrales en el derecho comparado:

J. GONZÁLEZ *Estudios de Derecho Civil e Hipotecario*. Ministerio de Justicia Tomo I, Madrid 1948.

C. R. PARDO *La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado*. Incluido en la obra *Homenaje a José María Chico y Ortiz* Madrid 1995, págs. 711-736. Especialmente interesante es la distinción que se realiza en este trabajo sobre las relaciones entre título, asiento y derecho. La STC 87/1997 de 24 de abril recogerá posteriormente dichas distinciones.

B. ARRUÑADA *Property Enforcement as Organized Consent*. 19 Journal of Law Economics, and Organization, 2003 págs. 401-444.

B. ARRUÑADA *Property titling and conveyancing*. Incluido en la obra *Handbook on the Economics of Property Law* (En prensa).

N. NOGUEROLAS *La evolución de los sistemas registrales en Europa*. Noticias de la Unión Europea número 52, febrero 2007, págs. 121-134.

El Registro de Derechos (Title Registration) supone una ruptura con el modelo precedente y por tanto una nueva lógica:

R. R. TORRENS *An Essay on the Transfer of Land by Registration*. Cassell and Company Limited Londres-Melbourne 1882.

A. POTTAGE *The originality of Registration* Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, núm. 3, 1995, págs. 371-401.

N. NOGUEROLAS *La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista*. Incluido en la obra *Historia de la Propiedad. Crédito y Garantía*. Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid 2008, págs. 790-866.

F. MÉNDEZ *De la publicidad contractual a la titulación registral*. Thomson-Civitas, Madrid 2008.

Las referencias al valor de las presunciones legales según M. Taruffo se encuentra en *La prueba*. Marcial Pons Madrid 2008. También L. Rosenberg *La carga de la prueba* B de F, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires 2002.

La seguridad del tráfico y la seguridad del derecho es un tema recurrente desde la obra de V. Ehrenberg *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Madrid 2003 que fue publicada en Alemania en 1903. Así C. Paz-Ares *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico* Revista de Derecho Mercantil 1985, págs. 7-40; C. R. Pardo *Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del Capital* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 623, julio-agosto 1994.

Sobre la admisión de documentos auténticos extranjeros no necesariamente notariales la referencia se encuentra en:

P. GÓMEZ DE LA SERNA *La ley Hipotecaria comentada y concordada*. Tomo I, Madrid 1862 págs. 370-371.

La referencia a la firma electrónica como mecanismo de autenticación documental se encuentra en las guidelines de la United Nations Economic Commission for Europe *Land Administration in the Unece Region*, Ginebra 2005. www.unece.org/hlm/wpla.

Los principios del “espejo” (mirror) “telón” (curtain) y “seguro” (insurance) fueron formulados por el Registrador General inglés Th. B. F. Ruoff *An Englishman Looks at the Torrens System*. Sidney 1957.

Apartado VII

La valoración de los ventajas y desventajas de cada sistema se encuentra en las obras mencionadas en la nota bibliográfica del apartado anterior, en especial Arruñada. También existen estudios que junto con los sistemas de registro incluye el análisis del seguro de títulos de propiedad: B. ARRUÑADA *Sistemas de titulación de la propiedad* Palestra Lima 2004. Los estudios internacionales sobre costes de registro que he utilizado ninguno de ellos ha sido realizado por registradores ni tampoco han sido encargados por una institución registral. Los informes elaborados a petición European Mortgage Federation, *Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets* 2003 y *Study on the cost of Housing in Europe* 2005, pueden consultarse en www.hypo.org. El informe del Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) sobre *Conveyancing Services Market* 2007 puede encontrarse en la página de la Comisión Europea ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html o en la página del propio ZERP www.zerp.uni-bremen.de. El Doing Business de 2009 se encuentra disponible en www.doingbusiness.org. Aunque entre los estudios se observa algunas diferencias y podríamos realizar algunas matizaciones lo importante es señalar que en todos ellos se observa una misma tendencia sobre los costes y la importancia del modelo registral elegido.

La superioridad del Registro de Derechos o de Fe Pública respecto al Registro de Documentos o de mera oponibilidad (Conservadurías) ha sido reconocida por los autores de los países en los que rige un sistema de conservaduría y en algunos hasta conviven dos sistemas registrales distintos. En Italia puede citarse la opinión de N. COVIELLO *Della Trascrizione* Eugenio Margheri y Unione Tip-Editrice Torinese Vol. I, 2ª edición, Nápoles-Turín 1924 pág. 123, F. GAZZONI *La trascrizione immobiliare* Giuffrè Tomo I, Milan 1998, pág. 20. En Francia existe también una vasta literatura al respecto baste citar a S. Piedelièvre *La publicité foncière* L.G.D.J. Paris 2000, pág. 20. También en Estados Unidos Miceli desde un punto de vista empírico ha puesto de relieve la superioridad del Title System: T. J. MICELI y J. KIEYAH *The economics of land title reform*. Journal of Comparative Economics 31, 2003, págs. 246-256; T. J. MICELI y C. F. SIRMANS *Torrens vs. Title Insurance: An Economic Analysis of Land Title Systems* incluido en la obra *Property* dirigida por DUKEMINIER, KRIER, ALEXANDER, SCHILL, 6ª edición, Aspen Nueva York 2006, págs. 618-623.

La oposición y las resistencias al establecimiento del registro en diferentes países la he tratado en mi estudio *La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista* incluido en la obra coordinada por S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO, E. TORIJANO *Historia de la Propiedad. Crédito y Garantía*. págs. 791-866. Se contienen referencias no sólo a Inglaterra sino también a Francia, Australia e Italia. La cita de Nuñez Lagos sobre el control del Registro por parte del notariado proviene de su trabajo *El Registro de la Propiedad Español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 250, marzo 1949, pág. 138. Sobre el comportamiento de las compañías de seguros de títulos americanas J. W. EATON y D. J. EATON *The American Title Insurance Industry* New York University Press, Nueva York 2007.

Apartado VIII

Sobre la teoría de los juegos y, en particular, los juegos de suma positiva R. WRIGHT *Nadie pierde*. Tusquets, Barcelona 2005.

Especialmente interesantes son las reflexiones acerca del Registro realizadas por I. DE OTTO *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia Madrid 1989. El Registro y, por tanto, sus certificaciones son declaraciones del poder público sobre la existencia de derechos. Las certificaciones de hipotecas son declaraciones del poder público no judicial susceptibles de ser ejecutadas por el juez como si de una sentencia se tratara. Y esto es posible porque hay un funcionario (el Registrador) que enjuicia la legalidad de la pretensión y la validez y eficacia de la mutación que se pretende inscribir. Esta intervención previa del poder público permite conferir al título resultante una especialísima eficacia.

En cuanto a la actuación de las agencias de rating y los escándalos empresariales en Estados Unidos en los que han fallado los controles elegidos por los controlados puede verse los escritos de P. KRUGMAN *El gran engaño* Crítica, Barcelona 2004.

En relación con las razones por las que no puede atribuirse funciones calificadoras a los notarios ni a ningún otro operador económico F. MÉNDEZ *Estado Propiedad y Mercado* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 708, julio-agosto 2008, págs. 1497-1589.

Existe una tendencia dirigida a presentar el Registro español como una excepción, una isla en el mundo jurídico así la reciente respuesta del Consejo General del Notariado a la hoja de ruta para mejorar el sistema de seguridad jurídica preventiva insiste en esta idea (puede verse en www.arbo.org.es). La realidad, sin embargo, es distinta. Respecto al panorama europeo puede verse mi trabajo *La evolución de los sistemas registrales en Europa*, Noticias de la Unión Europea, número 52, febrero 2007, págs. 121-134.

Apartado IX

En cuanto al ámbito de la fe pública notarial resulta clarificadora la obra de F. CARNELUTTI *La prova civile* Giuffrè Milan 1992. Existe una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los documentos notariales de la que resulta: a) que los documentos públicos no hacen prueba de las apreciaciones o valoraciones jurídicas, b) que la fe notarial sólo acredita hechos pero no la certeza y veracidad intrínseca de las declaraciones (STS 26 de febrero 1990 RJ1990, 718, 24 de febrero 1986 RJ 1986, 935). También el Consejo del Poder Judicial en el informe al anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria distingue entre la dación de fe respecto a extremos perceptibles por los sentidos y el juicio de legalidad que lleva a cabo no como fedatario sino como conocedor del derecho.

Sobre la escritura pública como prueba y su valor F. DE CASTRO *El Negocio Jurídico*. Civitas Madrid, reimpresión 1997.

“La fe pública sin notariado” es una expresión utilizada por J. COSTA en *Reorganización del Notariado del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*. Biblioteca Costa, volumen XIII, 2ª edición, Madrid 1917.

En cuanto al sistema de derechos reales L. DíEZ-PICAZO *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* Thomson-Civitas, Tomo III, 5ª edición, Madrid 2008. Señala este autor que es muy discutible que el juicio de suficiencia de los poderes, que es un juicio jurídico, pueda producir fe pública, que es calificación reservada a los hechos (pág. 443).

Acerca del control de legalidad notarial puede verse los pronunciamientos de la Sala 3, sección sexta, del Tribunal Supremo que desde el 20 de mayo de 2008 se han sucedido sobre la reforma del Reglamento Notarial aprobado por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

La distinción entre la función notarial y la registral está tratada por J. M. GARCÍA GARCÍA *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil* Thomson-Civitas, 5ª edición, Madrid 2006. La eficiencia de la intervención notarial F. MÉNDEZ *Función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho*. incluido en la obra colectiva *La calificación registral* Civitas, tomo I, Madrid 1996, págs. 23-39.

La referencia a R. J. SHILLER procede de su obra *The Subprime Solution* Princeton University Press. Princeton 2008, pág. 134.

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009