Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación

Enrique Brancós Núñez

Introducción

El mercado inmobiliario presenta unas características especiales derivadas de su objeto: los bienes raíces, que lo distinguen sustancialmente del tráfico de bienes perecederos, que es el habitualmente estudiado y considerado como patrón por los economistas. No deja de sorprender cómo algunas conclusiones obtenidas para los mercados de productos no duraderos, incluso de un solo uso, se extrapolan al estudiar los problemas de la negociación sobre fincas. Veamos algunas de las características diferenciales fundamentales que determinan la necesidad de este tratamiento específico.

La permanencia del inmueble en el tiempo

ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ, notario español, trabajo presentado en el XXVII Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Lima, Perú, del 10 al 12 de octubre de 2013.

Los inmuebles permanecen y, en consecuencia, van transmitiéndose a lo largo del tiempo formando largas cadenas de títulos. Si falla un eslabón de la cadena por falsedad, fraude, nulidad o, en general, cualquier causa de ineficacia, en virtud de la regla general *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir aquello que no tiene), se ven privados su

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

propiedad todos los adquirentes posteriores al eslabón fallido. Los defectos de las transmisiones anteriores actúan como verdaderas cargas de profundidad que destruyen las transmisiones posteriores. Aún habiendo adquirido de quien *prima facie* aparece como legítimo titular, la adquisición puede resultar claudicante en dos supuestos: por vicios o defectos del propio acto adquisitivo y por vicios o defectos en las anteriores adquisiciones.

La dificultad diferencial respecto de los bienes percederos estriba en que no sólo hay que controlar la validez del propio acto adquisitivo sino también la de todos los actos adquisitivos anteriores. Es tarea complicada y difícil por cuanto implica reconstruir retrospectivamente todos los pasos dados. Se trata de un problema universal, inevitable, en la transmisión de inmuebles. Un tema clásico de la seguridad jurídica.

Los diferentes ordenamientos han diseñado —resumiendo a grandes rasgos— dos distintas respuestas al problema planteado:

Los sistemas de seguridad jurídica paliativa. Actúan *ex post facto* proporcionando por la vía del seguro una indemnización al adquirente defraudado en su expectativa.

Los sistemas de seguridad jurídica preventiva. Actúan con carácter previo evitando la disparidad entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico a base de controlar, filtrar y homologar cada uno de los eslabones de la cadena de transmisiones de forma que —estadísticamente hablando— no pueda existir titular aparente distinto del titular legítimo.

Concretando más podríamos hablar de diferentes mecanismos: el “no-método” de los anglosajones, anclado todavía en la regla *memoria dat quod non habet*. No establece ningún control preventivo. El control se realiza a *posteriori*. Implica

necesariamente investigar retrospectivamente, cuando alguien desea adquirir, la regularidad de todas las anteriores transmisiones hasta cubrir, al menos, un período suficiente para que el transmitente haya usucapido (método del *title search* o *inquiry*). Normalmente se investigan 30 años. Del resultado de la investigación responde el experto que la realiza, pero sólo si falta a la diligencia propia de un profesional.

Dentro de este marco general —en lo que podríamos considerar un subgrupo— nace la *title insurance* que consiste en asegurar la posible pérdida independientemente de la diligencia observada por el investigador. La *title insurance* constituye el paradigma de los sistemas de seguridad jurídica paliativa.

Vamos ahora a los sistemas de seguridad jurídica preventiva. Frente al “no método” (*no rules*) anglosajón se encuentra el sistema latino-germánico. Tiene su origen en la gran entrada de tierras en el tráfico jurídico consecuencia de las políticas desvinculadoras y desamortizadoras que siguen a la Revolución francesa. Consiste en:

☞ Controlar preventivamente la regularidad de cada transmisión para reducir la probabilidad de que la titularidad del propietario sea claudicante. Esta tarea se encomienda al notario, que responde personalmente de dicha regularidad.

☞ Dar publicidad al propietario investido para establecer las prioridades en caso de una doble transmisión (sistema francés o italiano, entre otros), *prior tempore potior iure*. Se encomienda a los registros de la propiedad o a los catastros, según los países.

Eventualmente, con base en el control de regularidad de las sucesivas transmisiones, establecer una presunción inatacable de titularidad —irreivindicabilidad o adquisición a *non domino*, con todas las diferencias y matices que desbordarían este

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

estudio— en favor y protección del tercer adquirente (sistemas español, alemán y holandés, entre otros).

De este último elemento se prescinde en Francia, Bélgica e Italia. Es prescindible porque no se dan situaciones de ineficacia sobrevenida estadísticamente relevantes cuando el control de legalidad y regularidad lo ha efectuado el notario. Y, visto por su reverso, el tercero hipotecario sólo es posible cuando antes se han reducido las probabilidades de una ineficacia sobrevenida. Sin titulación adecuada no cabe tercero hipotecario. Con titulación adecuada sobra el tercero hipotecario. Basta la prioridad de títulos. El sistema francés lo demuestra. La finalidad del registro francés se limita —y en esto sí es imprescindible— a determinar la prioridad en la doble transmisión, sin desarrollar la idea del tercero hipotecario. Desde luego no existe doble calificación. El sistema funciona con toda fiabilidad y los franceses, belgas e italianos no sienten el más mínimo interés por cambiar esta arquitectura.

Pero incluso en los sistemas de plena protección al tercero, la escritura pública, gracias al control de legalidad y regularidad de cada eslabón de la cadena de transmisiones que constituye la esencia de la función notarial, es el eje del sistema. Como acertadamente ha señalado Rodrigo Tena: es un verdadero disparate decir que la clave de nuestro sistema de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario está en el artículo 34 de la *Ley hipotecaria* (LH) que protege sin paliativos al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso confiado en el registro y es “mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo registro”. Porque, una de dos: o no juega prácticamente nunca, y entonces es absurdo decir que es la clave del sistema; o juega a menudo, en cuyo caso el sistema español sería una auténtica birria: un sistema que expropia continuamente al verdadero titular sin garantizarle ninguna indemnización. Imaginemos en esta línea qué ocu-

rriría si el sistema español fuese de documento privado en combinación con el artículo 34 de la LH. Podemos afirmar sin ninguna duda que se trataría del peor sistema del mundo.

Entraremos en el detalle de estos sistemas más adelante.

La capacidad del inmueble para producir utilidad a diversos sujetos. Gran parte de los bienes cuyo comportamiento se estudia sólo producen su utilidad a una persona, normalmente su dueño. En los bienes raíces es habitual que concurren derechos de muy distintas personas. Además del propietario es frecuente que ejerzan derechos sobre la finca un usufructuario, un arrendatario, un acreedor hipotecario o el titular de una servidumbre. Eso no sucede con una pluma estilográfica.

La complejidad jurídica. Consecuencia de lo anterior, el tratamiento jurídico de los bienes inmuebles es mucho más complejo que el de los bienes percederos. La colisión de intereses, su priorización, su compatibilidad o incompatibilidad, presentan dificultades añadidas que frecuentemente requieren el tratamiento por especialistas.

En este punto el análisis económico del derecho acostumbra a incurrir en una omisión que altera seriamente sus conclusiones. Se suele considerar la intervención notarial como un coste impuesto, cuando es algo más complejo. Cuando se está enfermo, uno puede acudir a un médico o no. Es una posibilidad teórica. Pero en la realidad vemos que nadie se automedica. Si la salud está en peligro, siempre se acude al médico. Pues lo mismo puede decirse de las operaciones con un inmueble. Dada su importancia en la economía de una familia, que muchas veces supone años de duro trabajo, en ningún país las personas inexpertas afrontan en solitario una transacción sobre su vivienda. Salvo algún insensato, siempre se acudirá al especialista. Haya o no notarios en un país,

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

siempre hay un coste de asesoramiento. Da igual que el coste sea o no “impuesto”, es necesario y por ello se da siempre.

Esta idea, si se quiere, se puede exponer de una manera más elegante. Los economistas de la escuela neoclásica estudiaban los mercados desde una premisa de competencia perfecta. El hombre se comporta de una manera racional y adquiere sus bienes maximizando el beneficio en una estructura de mercado en competencia perfecta. Pero no es así. La nueva economía institucional acierta más cuando parte de la idea de que los mercados no son perfectos. Por varias razones: hay asimetrías de información, hay incertidumbres, hay comportamientos que no obedecen a una pura racionalidad económica. Por consiguiente, como ya señaló el nobel Ronald Coase, hay unos inevitables costes de transacción (costes de investigación e información; costes de negociación y decisión; costes de vigilancia y ejecución). La obtención de una adecuada información para lograr que las dos partes disfruten de la llamada igualdad de armas y la eliminación de las incertidumbres en la titularidad de los derechos del transmitente son dos de las metas más importantes a conseguir. Son siempre inevitables y se obtienen por medios que siempre implican coste. A partir de aquí, la nueva economía institucional trata de averiguar cuál es la vía más adecuada para reducir tales costes. Y, como veremos en este estudio, la desregulación no siempre es la solución que aporta mejores frutos. Los sistemas nacidos de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras de la Europa continental se han manifestado más baratos y seguros que el *no rules* anglosajón. La interposición de un notario imparcial ejerciente de una función pública consistente en la dación de fe, con todo lo que conlleva, apoyado en un sistema de publicidad eficiente, ha aportado mucha mayor seguridad que los *deed* anglosajones. La última crisis *subprime* nos va a proporcionar la prueba. En palabras del también nobel

Douglass C. North, el mercado de vivienda residencial es un mercado imperfecto. Se trata de ver qué forma es más eficiente en predicarse de cualquier clase de inmueble.

En la ignorancia de estos detalles, muchos estudios económicos comparan los distintos sistemas de transmisión inmobiliaria considerando al notario como un coste, que se evita en los sistemas que no imponen su intervención. Pero no es así. Al final sucede lo dicho, ya sea en formulaciones más o menos elegantes. Cuando la cosa es seria nadie se automedica. Lo único que le interesa al ciudadano es ver qué sistema de atención sanitaria le presta mejor servicio. O dicho en lenguaje económico, los costes de transacción pueden tener carácter voluntario u obligatorio, pero siempre son necesarios. Se trata de ver qué sistema los minimiza de forma más eficiente.

La relevancia económica de los bienes inmuebles. Los bienes raíces no son los más valiosos, obviamente. Un cuadro puede tener mayor valor, sin duda. Pero nadie duda de que en la mayoría de las familias, la mayor inversión de toda su vida es la compra de la vivienda. Por ello, la especial cautela y la prudencia en la negociación de la misma tienen gran importancia.

A nivel colectivo las cifras son elocuentes. Aunque algunos economistas se atrevan sin ruborizarse a calcular la suma de la riqueza inmobiliaria mundial con total autoridad, seremos más prudentes y utilizaremos datos constatados. A propósito de la crisis hipotecaria tenemos cifras completamente fiables. Las estadísticas del Banco Central Europeo anotan que en el año 2008 las hipotecas representaban 50% del PIB de la UE-27. El *Informe mensual*, febrero 2012, de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, “La Caixa”, reseña las cifras que viene costando la crisis hipotecaria en Europa en ayudas a los bancos: apoyos en capital y liquidez, 500,000 millones de euros, correspondientes a inyecciones directas en capital

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

(con y sin derechos políticos), recompra de activos tóxicos para eliminar la incertidumbre de los balances o concesión de créditos para liquidez; 1'100,000 millones en emisiones de deuda con aval público. Total, 1'600,000 millones de euros. Según datos de Eurostat, los pasivos de los Estados han aumentado en 643,625 millones de euros. Las pérdidas ya constatadas entre 2007 y 2010 han sumado 70,000 millones de euros hasta el momento y quedan todavía los riesgos potenciales derivados de los avales a entidades que no puedan pagar y de las entidades nacionalizadas que acaben resultando invendibles o fallidas.

El latigazo de una crisis hipotecaria en la economía global ha evidenciado sin lugar a dudas la necesidad de una regulación del mercado hipotecario en particular y del inmobiliario en general. Los *deeds* norteamericanos y sus registros han fallado estrepitosamente. Algunos encargados de los registros de *deeds* han denunciado porcentajes de documentación errónea superiores a 80%. Hoy nadie duda de la necesidad de mejorar la regulación.

Recordando las palabras de Robert J. Shiller en su obra *The Subprime Solution*: “Otra posible opción automática podría consistir en la exigencia de que cada prestatario hipotecario tenga la asistencia de un profesional parecido al *civil law notary*. Tales notarios actúan en diversos países, aunque no en Estados Unidos. En Alemania, por ejemplo, el *civil law notary* es un profesional formado que lee en voz alta e interpreta el contrato y suministra consejo legal a ambas partes antes de autorizar las firmas. Este enfoque beneficia especialmente a quienes no alcanzan a obtener un consejo legal competente y objetivo. La participación de tal figura nombrada por el gobierno en el proceso del préstamo haría más difícil a los prestamistas sin escrúpulos dirigir a sus clientes hacia simpáticos abogados que no advertirían adecuadamente a sus

clientes de los peligros que pudieran estar enfrentando”¹

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

La función social de la propiedad inmueble. Es otra característica que no concurre en los bienes perecederos y, en general, en la gran mayoría de los bienes muebles. La protección constitucional del derecho de propiedad no lo configura como derecho ilimitado sino, antes bien, sujeto a una finalidad colectiva más o menos intensa pero que, en cualquier caso, comporta restricciones de importancia. Las limitaciones urbanísticas, medioambientales, las relativas a la calidad de la edificación, o a la formación de explotaciones agrarias viables, la protección de los consumidores o arrendatarios, los derechos de tanteo y retracto de carácter público o privado, y un largo etcétera, imponen un conocimiento de multiplicidad de normas cuyo cumplimiento implica también regulación y, con ella, un funcionario o delegatario de la función pública que controle y exija su cumplimiento. A través de lo que se ha venido en denominar “forma de control”, mediante la intervención del notario los estados controlan aspectos tan diversos como: 1) el blanqueo de capitales (a través de las comunicaciones y control de los medios de pago); 2) la fiscalidad (a través de las comunicaciones fiscales obligatorias); 3) aspectos urbanísticos (a través de la averiguación de la calificación, cargas y obligaciones urbanísticas, la constatación de las licencias de segregación o edificación); 4) la calidad de la edificación (con la referencia necesaria a las autorizaciones de habitabilidad, seguros de la construcción, licencias, certificados de eficiencia energética); 5) la protección de los consumidores (a través de los llamados requisitos de inclusión, control de contenidos o consentimiento informado); 6) políticas agrarias (unidades mínimas de cultivo, derechos de ad-

¹ *The Subprime Solution*. Princeton, Princeton University Press, 2008. p. 134.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

quisición preferente a favor de colindantes o arrendatarios; 7) mantenimiento y puesta al día del catastro público. Sin ánimo de ser exhaustivo, la intervención notarial presta un servicio como “forma de control” que es de alta utilidad en esta combinación del derecho de propiedad con su propia función social. El notario, en el cumplimiento de esta función de control, forma parte del propio regulador. Por ello se ha dicho que el notario no es parte del mercado sino que se halla fuera del mismo precisamente para ejercer una función de regulación.

A modo de recapitulación podemos decir, pues, que la propiedad inmueble presenta características especiales que no se dan en otros tipos de bienes, en especial los de consumo o perecederos. Por ello no cabe tratarlos desde el punto de vista del análisis económico de las instituciones jurídicas como otros bienes de mercado. Su pervivencia en el tiempo, formando largas cadenas de titularidad, la concurrencia de diversos derechohabientes sobre el mismo bien, la complejidad de la legislación y la consecución de finalidades colectivas dentro del ejercicio individual del derecho de propiedad de los bienes raíces, hacen aconsejable una solución específica para este tipo de bien. A partir de aquí procuraremos ver las distintas soluciones existentes al día de hoy.

Puede discutirse sobre planteamientos de teoría económica keynesianos o monetaristas, pero en el mercado inmobiliario el tema está en otro lugar. Está en sus peculiaridades, que generalmente escapan a la encomiable agudeza de los economistas “generalistas”. Aunque, sin duda, las tesis económicas radicalmente liberales, con su correlato de informalismo y falta de regulación y control, han agravado seriamente los problemas y ha sido necesaria una crisis devastadora para purgar sus errores y sus consecuencias. Dos textos nos darán la dimensión de la ceguera:

El *New York Times*, en su editorial de 15 de octubre de

2010, bajo el título “La crisis de las ejecuciones hipotecarias” denunciaba: “Los mayores bancos —incluyendo el Bank of America, JP Morgan-Chase y Ally Bank, cuyo propietario es GMAC— han suspendido las ejecuciones hipotecarias después de admitir que habían aportado decenas de miles de declaraciones juradas a los tribunales, atestiguando hechos en relación a préstamos impagados que no habían sido verificados por los empleados que firmaban los documentos. Si hay problemas en el establecimiento de la cadena de títulos se plantea de nuevo la cuestión del valor de las titulizaciones de hipotecas. Esto significa litigios que pueden dañar los beneficios de los bancos y, en el peor de los casos, arriesgar una nueva crisis de la economía global”.

Por su parte, el nobel Paul Krugman, escribió: “El desastre de las hipotecas está convirtiendo en sinsentido las afirmaciones de que [los norteamericanos] tenemos un sistema eficaz de exigencia de los contratos. Las historias de terror se han multiplicado, como la del hombre de Florida al que arrebataron su casa aún cuando no tenía ninguna hipoteca [...] Los comentaristas conservadores como los de la página editorial del *Wall Street Journal* han salido diciendo que la falta de documentación adecuada es una trivialidad. De hecho, dicen que si un banco afirma que posee nuestra casa debemos aceptar esta palabra [...] A mí esto me hace pensar en la época en que los señores feudales se sentían libres para apropiarse de lo que quisieran, conscientes de que los campesinos no tenían ni voz ni voto en los Tribunales”.²

Tras estos textos, creo que la necesidad de regulación del mercado inmobiliario —superado un pueril informalismo— queda fuera de toda duda. Pero no tanto *por mor* de unas teorías económicas más o menos acertadas, cuanto por las pe-

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

² Ver Enrique Brancós Núñez. “Hipotecas *subprime*: un negocio heterodoxo”. *El País*, 21 noviembre 2010.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

cularidades del objeto de este comercio. Planteamientos que son válidos para otros mercados no encajan, por su especialidad, en el mercado inmobiliario. No se trata de ser keynesiano o monetarista, neoclásico o institucionalista, liberal o totalitario, se trata de que los coches no andan sin ruedas.

Sistemas de documentación, control y regulación de las transmisiones inmobiliarias

Como cuestión previa cabe señalar que la función de control y regulación es ajena a los sistemas documentales que no obedecen a la autoría de un funcionario público o profesional ejerciente de una función pública. Ello es así por concepto y, sobre todo, por falta de delegación de autoridad. Un *solicitor* asesora. Un notario, además, autoriza. El primero se desenvuelve en la esfera de lo privado. El segundo es un instrumento de la acción del Estado, con todas las consecuencias que comporta.

Vamos a ver, seguidamente, los dos grandes sistemas. El anglosajón, basado en el *deed*, y los sistemas europeos continentales, basados en la escritura. Conviene, ante todo, aclarar que nada tienen que ver la escritura pública notarial con el *deed*, aunque frecuentemente se traduzcan erróneamente como sinónimos. Al no existir el concepto de escritura pública en los sistemas anglosajones, no hay traducción exacta. Tampoco el *notarized document* norteamericano es equivalente. *Rectius*, la escritura pública vendría a ser un *formal official document drafted by a notary acting as a civil servant*. Demasiado largo. Por ello, la pereza intelectual lleva a hablar de *deed* como sinónimo de escritura. Yo, personalmente, utilizo la contraposición entre *deed* y *acte authentique* o escritura pública, que desearía que pudiera imponerse evitando así la deliberada

confusión que sólo puede interesar al documento de menor calidad, el *deed*. Entrando en un análisis más profundo podemos contemplar el diferente final a que conducen uno y otro documento

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

El *deed* anglosajón³

Entremos en el concepto de *deed* a partir de su origen histórico en Reino Unido. El derecho inmobiliario inglés se caracteriza por la dualidad, derechos *in law* y derechos *in equity*. Los derechos *in law* son derechos tipificados, inflexibles, esclerotizados en su contenido, que deben ser constituidos según un determinado formalismo. El instrumento formal es el *deed*. El *deed* es, asimismo, un documento tipificado, de contenido tasado. En los entresijos de esta tipicidad estricta, nacen y viven los derechos *in equity*, que no requieren constitución formal y son de geometría variable.

En Inglaterra y Gales, el único documento que produce efectos *in law* y es inscribible en el Land Registry, es el *deed*. Es un documento privado, formal en su contenido, debe constar por escrito ante testigos y debe tener un contenido mínimo prefijado. Está inicialmente concebido como documento unilateral. No interviene en él un fedatario al uso del derecho continental. Resulta difícil distinguir el *deed* de cualquier documento privado que no tenga el valor de *deed*. Como dice Mackenzie y Phillips, “*the difference between a deed and a document which is merely ‘in writing’ is less obvious now (tras la supresión de la obligación de sellar el documento) but the distinction between the two is essential because, as we have said,*

³ Enrique Brancós. “La transmisión inmobiliaria en Europa: papel del notario y del Registro de la Propiedad”. *Noticias de la Unión Europea*. N° 328, mayo 2012. Wolters Kluwer. España.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

most legal estates and interests cannot be created or transferred unless a deed is issued".⁴

El *deed* es asimilable a nuestro documento privado con testigos y puede presentarse al registro por correo sin excesivos controles de autoría y con toda la incerteza que ello genera. El Land Registry emite un juicio sobre el *deed* —y los *deed* precedentes, en su caso— que no constituye un documento auténtico ni ha estado sometido al control de legalidad como sucede con los *actes authentiques* continentales. Una vez valorado el *deed*, éste pierde su sentido y función, desaparece, y el Land Registry expide un título o certificado de propiedad (con varios grados según su fiabilidad, como podremos ver más adelante). La emisión de este certificado o título de propiedad le puede generar responsabilidad en los casos de rectificación por error en la atribución de propiedad, pero no en los de alteración del contenido del registro, que puede obedecer a muy diversas causas. Así, un poseedor real de la finca con un derecho *in equity* no inscrito puede vencer a un titular con *absolute title* emitido por el Land Registry.

Como consecuencia de la escasa fiabilidad de los títulos que se llevan a inscripción, el sistema inglés tiene que dar prioridad a la posesión visible de la finca sobre el contenido del registro. El titular de un derecho que se halle en actual possession (posesión real de la finca), tiene un *overriding interest* (derecho nacido fuera del Registry, que podía ser detectable a través de inspección —*notice*— diligente) que es preferente

⁴ Mackenzie y Phillips. *Land Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 20. "La diferencia entre un *deed* y un documento meramente escrito es menos obvia actualmente (tras la supresión de la obligación del sello), pero la distinción entre ambos es esencial puesto que, como se ha dicho muchas propiedades inmuebles y derechos inmobiliarios no pueden ser creados ni transferidos si no es mediante la creación de un *deed*".

a los derechos inscritos. Es decir, la publicidad posesoria prima sobre el registro. Como dicen los ingleses, *possession is nine tenths of the law* (la posesión es nueve décimas partes del derecho). Y el perjuicio del titular despojado será un caso de alteración del registro con base en un *overriding interest*, que no genera indemnización pues podía detectarse mediante la inspección diligente por parte del adquirente y no de rectificación por error y, por tanto, indemnizable por el Land Registry.

El desconocimiento del *acte authentique*, facilita el fraude, la suplantación de la personalidad y priva al documento de la presunción de legalidad. Y es sabido que la calidad de un registro de la propiedad depende de la calidad del documento que se inscribe. La fragilidad del *deed* influye negativamente en la publicidad registral. La inseguridad del sistema registral inglés queda patente en la propia web del H.M. Land Registry (www.landregistry.gov.uk). Ya su página general contiene una sección llamada a *property fraud advice* (avisos sobre estafas). Dentro del capítulo correspondiente advierte "*Fraudsters [...] may attempt to acquire the title by using a forged transfer or impersonating the owner*" (los estafadores pueden intentar adquirir el título utilizando una transmisión falsificada o suplantando la personalidad del propietario).

A título de curiosidad, el propio registro señala como supuestos de riesgo de fraude: *where a relationship breaks down or where a property is empty or is bought to let* (cuando una relación se rompe, o cuando una propiedad está vacía o cuando se compra para revender). Y arbitra unos remedios. Entre ellos designar hasta tres domicilios para ser notificado de cualquier modificación en las menciones del registro, o la introducción de *restrictions* o limitaciones a la disposición en la inscripción registral de la finca. Una de las *restrictions* consiste en dejar ordenado que no se registre ningún contrato relativo a la propiedad, "*unless a solicitor or other professional conveyancer has cer-*

LEX
SEGURIDAD
DEF. MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

tified that they have checked the identity of the person who has signed the deed. This could help to prevent a fraudster forging a signature on a deed". Con esta última restricción parece como si, poco a poco, el sistema inglés fuera descubriendo una parte de la utilidad y función del notario continental.

Destacan la lentitud y los errores del sistema inglés. Tanto por la necesidad de la inspección del inmueble, como por el imprescindible análisis de los derechos concurrentes, como por los errores en la documentación. Murray y Stürner⁵ indican que los errores en la documentación rebasan con sorprendente frecuencia el 50% del total de asientos.

Por ello, desde la ley de 2002, el Land Registry busca su seguridad a través del *e-conveyancing*, la firma electrónica, que si bien en un principio pareció la solución a todos los problemas, en la práctica va mostrando sus limitaciones. Como señalan Mackenzie y Phillips⁶ para que el sistema fuera realmente eficaz habría que imponer que no sólo los derechos *in law* sino todas las situaciones *in equity* siguieran la formalidad del *e-conveyancing*, lo que es una contradicción en sí misma, porque precisamente los derechos *in equity* surgen al margen de las titularidades formales *in law*. No parece que ni la doctrina ni la jurisprudencia se hallen dispuestas a aceptar esta grave restricción. Se consideraría desproporcionado que un derecho *in equity* fuera negado por haberse contratado o adquirido al margen del *e-conveyancing*. Por otra parte, señalan Murray y Stürner⁷ que existe el temor de que un registro electrónico directamente operado por los *conveyancers* en sustitución del personal del registro quede degradado por el inaceptable nivel de errores de aquéllos. Ciertamente, con 120,000 asociados es difícil mantener un nivel uniforme de calidad.

⁵ Murray y Stürner. *The Civil Law Notary*. Beck, 2010, p. 65.

⁶ Mackenzie y Phillips. *op. cit.* p. 136.

⁷ *Ibid.* p. 66.

Otra característica. La incorporación de la propiedad inmobiliaria al Land Registry es relativamente reciente, faltan las largas cadenas de propietarios registrados que integran el seguro y altamente fiable tracto sucesivo de los sistemas continentales. No deja de ser sintomático que el Land Registry, tras la valoración del *deed* y de los antecedentes, clasifique los títulos de propiedad que expide en siete clases, de mayor a menor, según el grado de fiabilidad (3 para los *freehold: absolute, possessory* y *qualified*; y 4 para los *leasehold: absolute, good, possessory, qualified*).

La falta de una documentación auténtica y de un registro consolidado determina inexorablemente que los derechos “extrarregistrales” tengan gran trascendencia inmobiliaria registral, limitando o anulando los pronunciamientos registrales. Estas carencias desembocan en la consecuencia inevitable de tener que reconocer a la posesión una mayor eficacia de publicidad que al propio registro: la actual occupation basada en un título —*legal* o en *equity*— que la justifique, es un *overriding interest*, un derecho preferente al del titular registral. La preminencia de la posesión sobre el Registry impone siempre la necesaria e inevitable inspección de la finca para descubrir cualquier posible ocupante. Así pues, quien adquiere un derecho del titular registral puede verse vencido por el titular de un derecho no inscrito si éste último está en la posesión real y actual de la finca y el adquirente pudiera haberlo detectado en una razonable inspección de la finca (“*when disclosure could reasonably been expected.*” s. 3, p. 2 [b], quedando excepcionalmente protegido sólo “*if the occupation would not be obvious on reasonably careful inspection of the land*”, p. 2 c). Así resulta claramente de la s. 3 de la *Land Registration Act 2002*.

En el caso *Thompson versus Foy*, primero que se falla aplicando ya la *Land Registration Act 2002*, se reafirma la tesis expuesta. Aunque el juez resuelve en contra del reclamante

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

por no estimar la existencia de una captación de voluntad, una influencia indebida, reconoce que de haberse dado ésta hubiera apreciado la existencia de la actual *occupation* como un *overriding interest* de acuerdo con la LRA 2002, porque dicha norma no ha supuesto variación alguna de los principios generales procedentes de la legislación anterior.

Mackenzie y Phillips⁸ reconocen que incluso el *absolute title*, el título de propiedad al que el Land Registry otorga mayor garantía, no es completamente seguro y que el propietario con dicho título puede perder su titularidad. Por otra parte —prosiguen— la *Estate guarantee* no siempre opera porque la compensación no procede para todos los sujetos que sufren una pérdida. Bajo la LRA 2002, la modificación del registro como consecuencia de un *overriding interest* no se conceptúa como una “rectificación” de un error que daría derecho a indemnización sino una “alteración” que no da lugar a indemnización “because, as we have seen, all registration of title is made subject to any overriding interest which may bind the estate”.

Todos los especialistas coinciden en señalar que los *overriding interests* y, en especial, la actual *occupation* constituyen el talón de Aquiles del sistema registral de Inglaterra y Gales. No cabe duda de que se trata de un esquema jurídico-conceptual rudimentario, casi primitivo, que hace muy complejo el tráfico jurídico inmobiliario convirtiendo en imprescindible de hecho la intervención del *solicitor* profesional, por más voluntaria que parezca o disponga la ley su innecesariedad. La inexistencia de la escritura pública o *acte authentique* rebaja la fiabilidad del Registry por la sencilla razón de que acceden al mismo documentos sin garantía y la consecuencia final es que hay que asegurarse mediante la averiguación de la *actual occupation* que no existan otros derechos incompatibles con los pronunciamientos registrales.

Todo ello, además, encarece el sistema, como tendremos ocasión de ver al hablar de los costes.

El sistema —o falta de sistema— del *deed* norteamericano es todavía más elemental. En síntesis, y salvando las grandes diferencias existentes en los distintos Estados, los registros norteamericanos no son sino colecciones de documentos carentes de autenticidad (recientemente apareció en la prensa la compra y registración del Empire State de New York por un personaje ficticio “Nclots (*stolen*, al revés) Properties”), ordenados por fechas, que sólo permiten acreditar su existencia en un momento del tiempo. En consecuencia, cualquier adquirente se ve compelido a tener que analizar la validez de las anteriores adquisiciones, hasta completar el plazo de prescripción (suponiendo que no se haya interrumpido), y contratar un seguro de título que le indemnic económicamente en caso de verse privado de la propiedad o derecho sobre la misma adquiridos.

En el otro lado, la Consumer Alert del California Department of Real Estate empieza avisando de que el encargado del registro de *deeds* no es responsable de verificar la validez, autenticidad o legitimidad del documento que se registra. Hay que reconocer que los fraudes muchas veces se ven facilitados por una defectuosa actuación del *notary public*, pero poco o nada tienen que ver los *notary* norteamericanos con los notarios de derecho latino-germánico europeos. Trataré más extensamente este tema. No obstante, la mayoría de las veces el origen del fraude está en el abuso de confianza con que se obtiene el *deed*. El estafador, advierte el California Department of Real Estate, induce al propietario de la finca a firmar documentos “sin importancia”, o que sólo producirán efectos si se dan “determinadas circunstancias”, documentos que al final resultan ser un *deed* fraudulentamente obtenido. A veces roban el *deed* del propietario y el estafador falsifica la firma de dicho propietario en un nuevo *deed*. Son supuestos,

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

todos ellos, verdaderamente inimaginables si estamos ante un notario de tipo latino-germánico que autoriza una escritura pública.

Los sistemas continentales europeos, aparentemente más complejos conceptualmente, resultan al final mucho más seguros y más fáciles de operar. En realidad, ninguno de los problemas que les aquejan se sufren en el continente.

La escritura pública o *acte authentique*

Estudemos ahora los sistemas fundamentados en la escritura pública o *acte authentique*. Junto a los sistemas registrales llamados de mera oponibilidad (en los que el registro solamente protege al que inscribe frente a títulos no inscritos), existen otros sistemas continentales en que el registro garantiza al adquirente, no sólo la prioridad de su adquisición, sino también la inamovible presunción de que el título inscrito del transmitente es inatacable una vez efectuada la adquisición por el tercero. Es la llamada presunción registral de exactitud y/o legalidad, que se añade a la inoponibilidad de lo no inscrito. Los segundos se conocen como sistemas de plena protección al tercero.

Dentro de este segundo esquema, el aspecto positivo de la protección del registro se produce por el lado del adquirente que, reuniendo el requisito de buena fe (y adquiriendo a título oneroso, en algunos países), se ve absolutamente protegido (a menos que sea nula su propia adquisición, en cuyo caso el problema reside en su propio acto adquisitivo). Pero, visto por su reverso, surge un aspecto negativo respecto del *venus dominus* inscrito en el registro, que mediante un acto fraudulento, falso o nulo puede verse privado de su titularidad en favor de un tercer adquirente. (Imaginemos que A es el titular registral. B falsifica un título adquisitivo —o adquiere

de un apoderado de A con poderes insuficientes, o adquiere siendo A incapaz, o un menor no asistido, o adquiere por un acto radicalmente nulo— e inscribe su derecho como comprador de A. Una vez figura B como titular, vende a C, adquirente de buena fe cuya posición deviene inatacable. Al final del proceso A se habrá visto injustamente privado de su propiedad y sin posibilidad de recuperarla). La tensión entre la protección al *verus dominus inscrito* y el tercer adquirente que confía en los datos del registro, se resuelve con el *acte authentique*, que hace altamente improbables estos supuestos.

Así pues, es necesario equilibrar esta tensión entre la protección del adquirente (seguridad del tráfico) y la protección del *verus dominus* (seguridad jurídica). Como veremos, el *acte authentique* es esencial e indispensable para obtener este equilibrio. De hecho, es la piedra angular de todo el esquema de protección. Sin un buen título no hay buen registro.

La fiabilidad de la titulación notarial es, pues, la base de los grandes sistemas registrales de la Europa continental. Y el esquema expuesto vale para todos ellos. Ahora vamos a ver brevemente las especialidades de cada tipo.

Sistemas basados en la abstracción causal. El sistema de seguridad jurídica preventiva de Alemania parte de un *acte authentique* necesariamente autorizado por un notario, que ejerce un control que abarca la identidad de los contratantes, la representación, las facultades dispositivas, el consentimiento informado y la legalidad del contrato. Se evitan los *forged transfer* o la *impersonation of the owner* sobre los que fatalmente tiene que advertir la web del Land Registry en los *property fraud advice*. Se consigue, además una mejor información del consentimiento con la consiguiente eliminación de vicios. El BGB refuerza la fiabilidad del sistema imponiendo la intervención del notario alemán y dando a la inscripción registral el carácter de constitutiva del derecho inscrito.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

En el *acte authentique* alemán pueden observarse dos partes netamente diferenciadas: el contrato propiamente dicho y el acuerdo sobre la transferencia abstracta de propiedad o *Auflassung*, que se concreta exclusivamente en un párrafo al final de la escritura en que el vendedor o transmitente, en su calidad de actual titular registral, consiente en que la finca se inscriba a nombre del adquirente. En el registro solamente se inscribe esta última parte del documento, el acuerdo abstracto de transferencia en virtud del cual el actual titular registral consiente en que la propiedad sea inscrita a favor de su adquirente.

Es lugar común de la teoría del derecho que un mero acuerdo abstracto tiende a desproteger al contratante débil o menos informado. La abstracción impide tomar en cuenta la buena o mala fe en el adquirente. La abstracción actuando por sí sola supondría la exclusión de toda idea de moralidad en las transacciones. Por ello, no se prescinde del acuerdo causal, que se recoge en la primera parte del documento notarial alemán. De hecho, se yuxtapone el negocio causal al abstracto. La ineficacia de este convenio causal no dejará sin efecto la *Auflassung*, con lo que el adquirente quedará protegido y, después de él, obviamente el subadquirente. La insuficiencia del convenio causal para generar el desplazamiento de la titularidad se reconduce a una acción personal de enriquecimiento a favor del titular inicial despojado y contra el adquirente en virtud de la *Auflassung*. Excepcionalmente, el párrafo 812 del BGB contempla la posibilidad de que el propietario ilícitamente despojado reclame la restitución del bien —no la nulidad de la inscripción registral— si éste todavía pertenece registralmente al adquirente que fue su contraparte en el contrato claudicante.

En el documento, el notario alemán debe velar por la correspondencia entre los dos elementos, contrato causal y *Auflassung*. El notario tiene la obligación de advertir de cual-

quier vicio o defecto que perciba en el negocio que autoriza y que pudiera desembocar en esta falta de correspondencia. El resultado final es que muy pocos, estadísticamente irrelevantes, son los casos en que la *Auflassung* tiene que deshacerse por defectos del convenio causal. Así se equilibra en el sistema alemán, a través de la escritura que contempla ambos aspectos del negocio, la tensión entre la seguridad del transmitente y la de los sucesivos adquirentes.

El sistema alemán tiene, además, tal grado de antigüedad en el tracto sucesivo y es tan segura la validez de la *Auflassung* como consecuencia de la abstracción de causa y el control notarial de legalidad, que en ningún momento hay que echar mano de los *overriding interests* en favor de un actual possessor preferente. En el BGB, tampoco se precisa un plazo acelerado de usucapión para sanar los defectos del derecho inscrito.

Algún autor añade como complemento la función calificadora del encargado del Registro de la Propiedad alemán. No obstante, descartando aspectos puntuales y situaciones concretas en que el funcionario encargado de la inscripción tiene perfecto conocimiento de la falta de disponibilidad en el transmitente o en que resulta incumplida alguna obligación administrativa, la función calificadora del encargado es muy escasa. La calificación del negocio causal por el encargado del registro sería la antítesis del sistema alemán. La sede donde se conciertan el negocio causal y la *Auflassung* es la escritura. El registrador alemán no califica el fondo del negocio porque no tiene trascendencia registral alguna. El negocio de fondo queda bajo la responsabilidad del notario.

Sistemas causalistas con presunción de exactitud registral. El derecho holandés y el español no crean la distinción entre negocio causal y transmisión abstracta. El negocio causal contenido en la escritura pública o *acte authentique* es el motor de la transmisión.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

En Holanda no hay transmisión inmobiliaria sin escritura ante notario holandés y posterior inscripción registral. Pero, dentro del mismo patrón causalista, la actividad del encargado del registro es radicalmente distinta en Holanda y en España. Mientras en España el registrador entra en el análisis del negocio causal, en Holanda eso es impensable y la valoración se reduce a los aspectos formales de documento. Pero entre uno y otro sistemas no se aprecian diferencias en cuanto a seguridad. Frente a este tercero el registro siempre se presume exacto. En Holanda, tras la reforma del *Código civil*, tal protección deriva indirectamente del carácter constitutivo de la inscripción. El derecho no inscrito no genera propiedad y, por consiguiente, no puede prevalecer sobre el inscrito que sí ha generado tal derecho. Es el mismo efecto que en España produce el artículo 34 LH.

El encargado del registro en Holanda, de acuerdo con el artículo 19 (3.1.2.3) comprobará la coincidencia del bien, que el disponente es el titular registral y que no hay títulos incompatibles. Sólo podrá rechazar la inscripción si los documentos no son conformes (formalmente, más que de contenido) a la ley o si no se ha dado cumplimiento a algún requisito legal necesario para la inscripción (art. 20.3.2.1.4). El negocio debe pertenecer a un tipo que comporte la inscripción pretendida. Se trata, pues, de una comprobación requisital. Con este esquema, tal como ha puesto de manifiesto María Sánchez Moreno, se consigue en Holanda que una escritura de compraventa quede inscrita en menos de una hora contada desde su presentación en el registro, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes. Actualmente se puede inscribir ya directamente una ficha normalizada confeccionada por el notario en la que se contienen los datos esenciales para practicar la inscripción registral. Con ello se agiliza la inscripción y se rebaja su coste, como tendremos ocasión de ver.

Sistemas de mera oponibilidad sin presunción de exactitud registral. Francia e Italia prescinden de la presunción de legalidad/exactitud del registro. En cierto modo la escritura aporta las presunciones de exactitud y legalidad, sin que el registro se ocupe de las mismas. Se entiende que el control notarial de legalidad hace estadísticamente irrelevantes los supuestos de ineficacia de la transmisión. Por ello el registro es de mera inoponibilidad de los derechos no inscritos frente a un tercero. El registro sólo ordena la prioridad.

Hasta tal punto el control de legalidad se confía a la actividad del notario que el artículo 2.674 del *Codice civile* italiano sólo permite denegar la inscripción si el título notarial inscribible no reúne los requisitos formales (y en las herencias si no se presenta copia auténtica del testamento, certificado de defunción y escritura de aceptación de herencia). En otro caso, si el encargado del registro retrasa o rehusa la inscripción, puede incurrir en responsabilidad. Según el artículo 2674 bis, si considera que la escritura es abiertamente nula (“*gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità di un atto o sulla iscrivibilità di un ipoteca*”) deberá practicar la inscripción haciendo simplemente una reserva que los interesados pueden eliminar acudiendo al juez, que decidirá.

Siguiendo una línea similar, en Francia, salvo en lo referido a la inoponibilidad de los derechos no inscritos, no se contemplan efectos civiles de la inscripción “por no predominar en Francia relación del Registro de la Propiedad con los aspectos puramente civiles de la publicidad inmobiliaria”, tal como dice García García.⁹

De hecho el Registre Foncier sólo deniega la inscripción por falta de menciones relativas a la correcta identificación de la finca o del derecho que se pretende inscribir (*Décret 55-*

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

⁹ García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid, Civitas, 1988, tomo 1, pp. 348 y 352.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

22, *Décret 55/1350*, modificado por el *Décret 2012-14*, *Ord. 2010-638* y arts. 2428 y 2430 CC).

A modo de conclusión cabe decir que ninguno de los sistemas continentales, basados en el *acte authentique*, sufre problemas de seguridad. Aunque el registro no se ocupe del fondo del negocio. Desde luego las advertencias de la web del Land Registry, “*Fraudsters [...] may attempt to acquire the title by using a forged transfer or impersonating the owner*”, o del California Department of Real Estate, son impensables en nuestro sistema. Por el contrario, en los sistemas continentales la escritura pública es suficiente para sostener la seguridad del registro. Como dice García García en el caso de Francia: “El notariado es tradicionalmente base esencial en el sistema francés, sobre todo teniendo en cuenta que el registro no da presunción de legalidad ni de exactitud, lo que exige que el funcionario que expida el documento sea el responsable de la legalidad y la validez del acto que autoriza”. Es decir, basta el control de legalidad notarial sin más para sustentar todo un sistema cuya práctica diaria demuestra, en términos estadísticos, que resulta absolutamente seguro.

Una adecuada regulación del mercado hipotecario ha de pasar por una protección de los derechos mediante un sistema de seguridad jurídica eficiente. Puede asegurarse a la vista de lo expuesto que dicha seguridad está más conseguida en los sistemas de notariado latino-germánico en que el título inscribible es la escritura pública o *acte authentique* que en aquellos que desconocen la figura del notario. Y, por otra parte, se demuestra que si el control de legalidad y validez lo realiza el notario, no es necesario que el registro entre en su consideración para que el sistema sea seguro. Es por ello seguramente que algunos estados de Estados Unidos tratan de desarrollar la figura del *civil law notary* que se aproxima a los notarios de corte latino-germánico. Es el caso de Luisiana, Florida y Alabama, a los que se quieren sumar otros. En

este sentido, el regulador va virando desde el informalismo que preconizaba hace algunos años hacia posiciones más prudentes y cercanas a nuestro sistema. En definitiva, la nueva economía institucional lleva razón al considerar que hay sistemas más eficientes que el libre mercado sin regulaciones.

Otros sistemas. En la UE podemos encontrar también el modelo absolutamente exento de intervención de fedatario en Suécia y algún otro país de reducida dimensión. Ello no significa en absoluto que las partes prescindan de la intervención de un “experto”. En este caso, llenan esta función los propios intermediarios de la operación, con los inconvenientes que señalan Murray y Stürmer en la sección de su estudio dedicada a Suecia. La ausencia de identificación oficial y de control de la autenticidad de la firma, facilitan el fraude y la suplantación de personalidad. La falta de una profunda educación jurídica y la ausencia de pericia legal, hacen que la calidad del asesoramiento a vendedores y compradores sea bastante cuestionable. Y el conflicto de intereses, puesto que el intermediario persigue una comisión por vender, es difícilmente conciliable con la imparcialidad en el asesoramiento. Que la ausencia de un notario en funciones de *gatekeeper* no es un método más seguro ya se ha visto suficientemente. Que tampoco es más barato queda demostrado en el estudio de Murray y Stürmer que se cita en el apartado relativo a costes. Y al “precio de la libertad” habría que añadir, además, el coste individual y social derivado del aumento de la litigiosidad consecuencia de un asesoramiento deficiente. Este precio es el que paga en concepto de seguro de título el usuario norteamericano y ya está demostrado que no resulta en absoluto competitivo, como corroboran Murray y Stürmer. Así también lo entienden Knieper (*Economic Analysis of Notarial Law and Practice*) y Schiller (*The Subprime Solution*). Como demostración basta comparar la evolución

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

de dos burbujas inmobiliarias. En Estados Unidos la *foreclosure* de las hipotecas *subprime* ha sido absolutamente caótica. El nobel Paul Krugman ha calificado las *foreclosures* basadas en documentos de dudosa autenticidad, cuando no abiertamente falsos, de procesos medievales, totalmente carentes de garantías. Por el contrario, la ejecución de las hipotecas españolas no ha presentado problema jurídico alguno en los juzgados, independientemente del debate político sobre la oportunidad de los desahucios.

El costo

Tal como comentaba en la introducción, muchos estudios económicos comparan los distintos sistemas de transmisión inmobiliaria considerando al notario como un coste, que se evita en los sistemas que no imponen su intervención. Pero no es así. Los costes de transacción pueden tener carácter voluntario u obligatorio, pero siempre son necesarios. Se trata de ver qué sistema los minimiza de forma más eficiente.

La superioridad de los sistemas notariales latino-germánicos combinados con un registro de publicidad, sobre el seguro de títulos, está más que demostrada en cifras. No es preciso insistir. Hablé de ello en el Congreso Notarial español de 2004. También Ricardo Díaz Hidalgo en la Asamblea de Notarios de Punta del Este, en 2006. En 2007, Ernesto Tarragón Albella con motivo del XXV Congreso Internacional del Notariado celebrado en Madrid. Hoy disponemos de los datos por internet y la evidencia es absoluta. Más si se tiene en cuenta que frecuentemente las compañías excluyen riesgos en sus pólizas sin que ello suponga reducción de la tarifa o incluyen otros, *endorsements*, que cobran aparte. Y, todavía más, si se considera que el coste del seguro de títulos no comprende el coste del abogado o ascensor que

deberá controlar el propio contrato de compraventa y el cierre o *escrow*. Y con eso todavía no se ha garantizado el asesoramiento imparcial para la contratación del propio seguro de título, que en buena ley requeriría un profesional independiente.

Si queremos comparar con el Reino Unido, el informe *Doing Business 2012, Registering Property in United Kingdom*, para una propiedad en Londres de cerca de 1,2 millones de libras anota unos costes asociados de entre 3.500 y 10.000 libras (amplio margen, por cierto) para la labor del *solicitor* del vendedor (entre ellas determinar “*who is in actual occupation*” —según consta en el informe— aspecto que hemos tenido ocasión de analizar en detalle al hablar del *deed*) y de entre 300 y 1,000 libras para la labor del *solicitor* del comprador. El procedimiento puede tomar entre 1 y 4 semanas. No presentando ventaja económica ni de tiempo y, considerando sus limitaciones en materia de seguridad jurídica a las que antes se ha hecho referencia, no cabe decir que el *deed* británico deba tomarse como modelo a seguir, antes al contrario. El sistema notarial latino-germánico ha conseguido precisamente lo que Douglass North y la nueva economía institucional consideran fundamental, reducir los costes de transacción por un método, en este caso un híbrido entre lo público y lo privado, que reduce la incertidumbre y, por ello, es más rápido, más seguro y más barato.

No es necesario extenderse sobre este punto. La evidencia cumple la tarea. Basta relacionar lo que se ha dicho al comparar los distintos sistemas desde el punto de vista jurídico con su correlato económico.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX

SEGURIDAD

DEL MERCADO

INMOBILIARIO:

LA NECESIDAD DE

INSTRUMENTOS

DE REGULACIÓN

La imparcialidad

Señala Rolf Knieper,¹⁰ citando a Murray y Stürmer, que en Suicia, la estructural relación fiduciaria entre el *broker* inmobiliario y el vendedor perjudica al comprador con la necesaria implicación del *broker* en la preparación de los documentos legales. En Gran Bretaña, la asociación entre *lawyers* y bancos desequilibra la neutralidad y en Estados Unidos, la fidelidad de los *lawyers* se decanta por las instituciones financieras y las aseguradoras de títulos.

Tenemos un ejemplarizante caso práctico con ocasión de la crisis *subprime* en los intermediarios de hipotecas en Estados Unidos. La experiencia de los intermediarios en la crisis *subprime* de los Estados Unidos ha sido nefasta precisamente por obedecer a un sistema de incentivos equivocado que, además, no era obligación poner de manifiesto de una manera explícita. Basta con entrar en la web del FBI y consultar sus informes anuales sobre el fraude hipotecario para ver que los intermediarios engañaron a las entidades crediticias falseando estudios de solvencia, falsificando títulos de propiedad o inventando identidades de compradores/prestatarios inexistentes, pero también a los compradores de viviendas financiadas mediante las hipotecas que comercializaban tales intermediarios ocultando aspectos esenciales de los contratos de crédito hipotecario que les aconsejaban. El propio presidente Bush reconoció que seguramente los consumidores no sabían lo que estaban firmando.¹¹ La externalización de la labor

¹⁰ Rolf Knieper. *Eine ökonomische Analyse des Notariats*. C. H. Beck. München 2010.

¹¹ “Muchos de los prestatarios (*subprime*) se confundieron en los términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables [...] la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando”. George W. Bush, agosto 2007.

de comercialización de los créditos hipotecarios determinó la disociación de incentivos entre la entidad crediticia y el intermediario. Cuando era la propia entidad quien comercializaba, estaba directamente interesada en el buen fin de la operación, por lo que controlaba el proceso con mayor rigor. El incentivo del intermediario se centraba exclusivamente en cobrar su comisión.

El problema se ha vuelto no sólo contra los prestatarios mal aconsejados, sino también contra los prestamistas y los inversores en préstamos hipotecarios. La documentación presenta tantos fallos que está resultando muy dificultoso poder ejecutar las hipotecas. Los documentos falsificados aparecen por millares. Son ya muchos los encargados de los registros de *deeds* que denuncian porcentajes de documentación errónea superiores a 80%. Los informes del FBI apuntan en esta dirección y son todavía más claras las denuncias de los responsables de los registros.

El papel jugado por los *notaries* debe reconocerse que tampoco ha sido muy brillante, pero poca cosa tienen que ver los *notaries* americanos con nuestra profesión. Como lamenta un especialista,¹² “durante cientos de años hemos confiado en los documentos notarizados. Como parte desinteresada, desde todos los puntos de vista podía confiarse en que los documentos eran ciertos. Desde que los bancos empezaron a tener empleados notarios, esta noción se acabó. En nombre de la conveniencia de los negocios, los banqueros han subvertido las reglas del derecho y la integridad del proceso judicial. Atrás en el tiempo, en 1984, nuestra Corte Suprema reconoció la importancia de los notarios y el valor que su firma y sello comportan. En una reclamación contra Texas sobre la prohibición de ser notarios los ciudadanos

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

¹² Bryan Mahany. *Forged Mortgage Documents-Where Were The Notaries?* www.mahanyertl.com

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

extranjeros, la Corte dijo lo siguiente sobre la importancia de los notarios: “Con la facultad de conocer documentos como testamentos y contratos, *leases* e hipotecas; tomar declaraciones extrajudiciales; administrar juramentos; y la facultad de rechazar precedentes; los notarios de Texas se hallan implicados en incontables asuntos de importancia para el funcionamiento diario del gobierno del estado. La comunidad de Texas depende del notario para asegurar que las personas que realizan los documentos están cuidadosamente identificados, que rechazan cualquier identificación que sea falsa o incierta, y que las declaraciones están ordenada y cuidadosamente administradas. Los títulos de las fincas y la sucesión de las propiedades dependen del cuidado e integridad del notario, tanto como de la familiaridad del notario con la comunidad, para verificar la autenticidad de los documentos celebrados. Es seguro que podría resultar un gran daño del deshonesto o negligente cumplimiento de las obligaciones de los notarios [...]”.

Lamentablemente el tiempo ha corrido a peor y hoy los notarios empleados de los bancos están siendo cuestionados en gran parte de los documentos “notarizados”, como no podría ser de otra manera. Lo que viene a demostrar que los eventuales *firewalls* no funcionan. El incentivo y el interés a proteger deben estar en el mismo lado. Cuando la regulación no hace coincidir el interés protegido con el incentivo, tarde o temprano la falla acaba saliendo a la luz. Téngase en cuenta que estas palabras de la Corte Suprema se dictaron en un sistema notarial mucho menos intenso que el nuestro, en que el notario es funcionario o ejerciente de una función pública, redactor de documento, controlador de la legalidad y severamente sujeto a un control y a las correspondientes sanciones disciplinarias.

El sistema (o mejor la falta de verdadero sistema) de seguridad en las transmisiones inmobiliarias característico de

los países anglosajones, desconocedores del notariado latino-germánico, no ha ayudado en nada a mitigar los problemas.¹³ Los avisos, *consumer alerts*, sobre estafas mediante títulos fraudulentos, obtenidos con engaño o falsificados e inscritos en el registro de deeds que se publican en la web del Land Registry inglés (www.landregistry.gov.uk) o del California Department of Real Estate (www.drc.ca.gov/) pondrían los pelos de punta a cualquier notario latino-germánico. Este nivel de inseguridad es impensable en nuestro sistema.

Robert J. Shiller, en su obra *The Subprime Solution*, apunta la idea de que con un sistema notarial al estilo de la Europa continental, seguramente no se hubiera producido. A la misma conclusión llegan Malcolm Ridell y Antonio Capiello en *Does the Rest of the World Need the "Civil Law Notary Model? A Preliminary answer from the Real Estate Crisis in the United States and China*.

De hecho, casi nada hay de común entre el *notary* norteamericano y el notario latino-germánico. En el año 2000 tuve el honor de presentar en esta misma ciudad de Lima, con motivo de la XXV Jornada Notarial Iberoamericana una ponencia en la que creo que hablé de un aspecto fundamental de la función del notario latino-germánico: la obtención del consentimiento informado. Aunque sólo sea para recordarla juntos resumo aquí su tesis:

Pensar que la forma notarial es simplemente cualquier intervención del notario es tomar la parte por el todo. Claro que para ello es preciso entender el por qué de las "condiciones de forma" en nuestro sistema. La actividad del notario añade a la escritura una serie de presupuestos que van mucho más allá de la mera identificación y el juicio de

¹³ Enrique Brancós. "Carencia del sistema adquisitivo anglosajón. La escritura frente al deed", en: *El Notario del Siglo XXI*. Madrid, noviembre-diciembre 2012, n° 46.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

capacidad. Tal como ha explicado magistralmente Rodríguez Adrados, la doble condición del notario —como funcionario público y como profesional del derecho, inescindibles una de la otra desde la cual enfoca la redacción el control del documento, asume su autoría como propia y responde de ella estampando su signo, firma y rúbrica— dota a la escritura pública de una serie de presupuestos de los que carecen los demás documentos y le otorga una superior consideración. Estos presupuestos aportados por el notario a la escritura pública establecen el conjunto de presunciones que permiten que el ordenamiento la considere como título ejecutivo.

Así pues, el notario latino-germánico es el único que aporta a la escritura pública un especial y trascendental valor añadido que se concreta en:

La presunción de legalidad. La presunción de que el documento responde a la legalidad se desprende, en la materia que estamos tratando, del artículo 18 de la *Ley 2/2009*, que reza: “En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de la legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta ley”. En una frase altamente descriptiva resume Bolás: “cuando el notario deniega la autorización de una escritura porque su contenido no se ajusta a la ley [...] no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo, hay notario y función notarial escrupulosamente ejercida”.

Conviene resaltar que los sistemas que imponen controles de legalidad en la fuente, es decir, en el momento de perfección del negocio, producen menor distorsión en el tráfico que los de carácter represor de las actuaciones ilícitas ya producidas. Especialmente cuando la sanción consiste en la

ineficacia y la reposición al estado anterior, que no siempre resulta posible o, cuando lo es, implica un notable coste económico y una inevitable pérdida de tiempo. Por ello el mejor control de legalidad es aquel que no deja rastro en la estadística porque no hay “platos rotos”. En este sentido resulta preferible el control notarial de legalidad a los controles que puedan ejercerse en momentos posteriores, incluida la revisión que en última instancia ha de corresponder al poder jurisdiccional.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

La presunción de consentimiento informado. Estas fueron mis palabras en la XXV Jornada Notarial Iberoamericana de Lima, año 2000: “El “consentimiento informado” es un concepto que, permítanme la piroeta, donde viene mejor formulado en el ordenamiento español es en relación a un don especialmente preciado: la salud. Con gran exactitud se formula en nuestra *Ley general de sanidad*. Precisamente en esta sede el legislador es muy consciente del valor del objeto sobre el que versa el consentimiento y, por ello, da tanta trascendencia a la “información” del consentimiento. Con meridiana claridad afirma: “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas (sanitarias)[...] 5. A que se le dé en términos comprensibles [...] información completa, continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento [...] 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable [...]” (artículo 10 *Ley general de sanidad* de 25 de abril de 1986). Y, añade la jurisprudencia: “y eso de una forma objetiva, veraz, completa y asequible, o en términos comprensibles, de forma que si así no se hace no se puede estimar válidamente formado el consentimiento”. El precepto refleja, con toda rotundidad, el criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia en torno a que la información previa es presupuesto imprescindible para la formación del

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

consentimiento. De hecho no hay consentimiento sin información previamente adquirida.

La exigencia de consentimiento informado pasó a integrar la definición del artículo 17 bis. de la *Ley del notariado*. Sólo añadiría que esta información, que es parte del asesoramiento general que se pretende ahora en todas las normas reguladoras del crédito hipotecario, hubiere sido el mejor antídoto para evitar la crisis que se vivió con las hipotecas *subprime* estadounidenses. Que no hay que comparar con las españolas. En España nunca se ha llegado a los extremos de morosidad de Estados Unidos tratándose de hipotecas individuales. Las hipotecas contratadas por particulares durante la burbuja inmobiliaria española todavía hoy se pagan en una proporción muy elevada. Los documentos notariales españoles han resistido el envite y la inmensa mayoría de los prestatarios siguen pagando sus hipotecas. La verdadera crisis ha venido por la elevadísima deuda de las grandes empresas promotoras inmobiliarias.

La presunción de consentimiento no viciado. El juicio de capacidad efectuado por el notario no solamente resulta imprescindible en los supuestos de apreciable deficiencia mental que determinaría una incapacidad declarada, sino que, además, constituye una medida de aseguramiento del grado de discernimiento de una persona presuntamente capaz en el momento de contratar. Estados de disminución de la conciencia apreciados por el notario, constituyen base suficiente para denegar su función.

La intervención del notario también evita la mediatización del consentimiento en aquellos casos en que se pretende forzar la voluntad del contratante débil o inexperto mediante técnicas de venta agresivas, tan frecuentes hoy en los mercados.

Puede presumirse, pues, casi con absoluta certeza, que quien otorga en presencia del notario se halla en su perfecto

raciocinio en el momento de contratar. Baste aquí recordar la descripción de la ley alemana de la documentación pública, parágrafo 17 (1): “El notario debe averiguar la voluntad de las partes, aclarar los hechos, instruir a las partes sobre la trascendencia jurídica del negocio y reproducir sus declaraciones de forma clara e inequívoca en la escritura. Debe poner especial cuidado en evitar los errores y las dudas con el fin de que las partes inexpertas y faltas de conocimientos específicos no sufran perjuicio”.

Esta actividad del notario sólo puede desarrollarse adecuadamente desde la imparcialidad. De ahí la importancia de que los Estados fomenten una estructura en que el notario esté en situación de defenderla.

Una regulación adecuada debe definirse sobre si funcionará un sistema de cautelas, *firewalls*, más o menos completo o debe cortar por lo sano y, hacer que cada pieza del mecanismo regulador sea completamente independiente de los demás y que sus incentivos los reciba exclusivamente de aquella parte a la que debe proteger. Estamos en el dilema sobre si lo que procede es colocar unos supuestamente efectivos *firewalls* a unos operadores que pueden tener un conflicto de intereses en el negocio o prohibir toda intervención a una persona que presente dicho conflicto de intereses encargando la labor de asesoramiento y control a otro operador distinto.

La propuesta de Directiva Europea sobre crédito hipotecario residencial se ha planteado el problema en relación a los intermediarios del crédito hipotecario. La propuesta de Directiva es consciente de la importancia de la transparencia en cuanto a la posición del intermediario y, por tal motivo, exige que el intermediario informe al cliente si actúa en calidad de intermediario vinculado (que actúa bajo la órbita de un solo prestamista o grupo), si posee participación directa o indirecta superior a 10% de los derechos de voto o del capital de un prestamista determinado o viceversa y, muy

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

importante, “cuando se trate de intermediarios de crédito no vinculados, la existencia, en su caso, de comisiones abonables por el prestamista al intermediario de crédito por sus servicios. Los intermediarios de crédito no vinculados informarán al consumidor, cuando éste así lo solicite, de los diferentes niveles de comisión que abonen los distintos prestamistas que proporcionan los contratos de crédito que se ofrecen al consumidor. Se informará al consumidor que tiene derecho a exigir esa información”. La directiva tiene que acabar exigiendo que se declare si “se cobra de los dos lados” y cuánto se cobra. ¿Es esta la solución para resolver los conflictos de intereses o es mejor cortar por lo sano e impedir absolutamente que una persona represente intereses contrapuestos? En España, concretamente, los problemas generados por la comercialización de determinados productos financieros como las acciones preferentes, la deuda subordinada, los *swaps*, o antiguamente las llamadas “primas únicas”, ha demostrado que los *firewalls* raramente funcionan. Así lo vio también la Comisión Europea en su trabajo “*On the follow up in retail financial services to the consumer markets scoreboard, 2009*” que denuncia la confianza que los consumidores depositaron en empleados de las instituciones financieras locales que les prestaron un deficiente asesoramiento.

En resumen, sería una ucronía especular sobre si la intervención de los notarios latino-germánicos, con todo su sistema de seguridad jurídica preventiva, habría evitado la crisis *subprime*, pero lo cierto y verdad es que la afirmación del presidente George W. Bush, “muchos de los prestatarios (*subprime*) se confundieron en los términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables [...] la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando”, y la previsión del párrafo 17 (1) de la ley alemana de la documentación pública que acabo de transcribir son completamente antitéticas. Probablemente lleven buena

parte de razón Shiller y Ridell, y hubiera hecho bien el regulador americano en acercarse al sistema latino-germánico de seguridad jurídica preventiva.

Otro ejemplo al que prestar atención es el de las sociedades de tasación españolas. A fecha de hoy en España cinco sociedades de tasación controlan 52% del mercado y 72% de los ingresos de las tasadoras proceden de las entidades financieras. La banca puede detentar hasta el 25% del capital de las sociedades de tasación. Obviamente, esta situación está lejos de ser la deseable. Existe un sentimiento popular en el sentido de admitir que las tasaciones hipotecarias han sido excesivamente influenciadas y en buena medida corresponsables de la devastadora burbuja inmobiliaria que ha acabado estallando en España. Por ello el Ministerio de Economía ha anunciado dos medidas cruciales: reducir la participación de la banca al 10% del capital de las sociedades de tasación; obligatoriedad de aceptar cualquier tasación homologada que aporte el cliente. De hecho, la ley actual 2/1981 ya dictaba que “Las entidades de crédito, inclusive aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deben aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente”. La única novedad es que ahora el incumplimiento de este precepto será sancionable, que no es poca cosa.

Se trata de un nuevo ejemplo sobre la dificultad con que funcionan las cautelas o *firewalls* cuando no hay una verdadera separación en las diferentes funciones necesarias para conformar el crédito hipotecario. El regulador adoptó la norma adecuada: exigir la tasación para asegurar la viabilidad de la operación. Pero colocó equivocadamente el mecanismo de incentivos permitiendo que las entidades crediticias impusieran la tasadora “de su confianza”. Tanto la elevada

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

participación accionarial de los bancos en las sociedades de tasación, como la gran concentración de trabajo en determinadas entidades financieras, las convirtieron en dependientes. El incentivo no estaba en liderar el mercado a través de la calidad de la tasación sino en cumplir los designios de su accionista de referencia y fuente principal de negocio. Se ha hecho necesario un segundo paso en la regulación porque el primero tuvo problemas de diseño (admitiendo una participación bancaria de hasta 25%) y de ejecución (pues existía la norma que imponía la libertad de elección de la tasadora, pero su incumplimiento no se sancionaba).

El problema puede repetirse, con mayor o menor intensidad, en algunas materias relacionadas con el crédito hipotecario que contratan los clientes/consumidores tales como seguros de amortización, seguros de la vivienda, gestiones relacionadas, elección de notario, etc. El regulador debe también garantizar la libertad de elección. De otra forma no se fomenta el servicio de mejor relación calidad/precio en interés del cliente/consumidor, fin deseable en sí mismo, sino el servicio que mayor beneficio aporta al operador que se halla en situación de dominar al cliente cautivo.

Es ilustrativa una comparación con el régimen de libre elección de notario. En este aspecto, la legislación notarial española es especialmente cuidadosa. Como dice Rodríguez Agradados, “el derecho notarial tiene por tanto que considerar el derecho a la libre elección de notario como uno de sus principios —‘principio’ le llama la srs 23.3.197—, y precisamente como principio ‘independiente’, y no mera secuela de otros principios, como los de rogación o profesionalidad, según ha venido ocurriendo”.

El artículo 126 del reglamento notarial dispone: “en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así

como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio”.

La *Orden EHA/2899/2011* dispone en el artículo 30.1 que: “En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el *Reglamento notarial* aprobado por decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables”. Los *Criterios específicos de buenas prácticas bancarias del servicio de reclamaciones del banco de España, memoria 2011*, declara: “El Reglamento Notarial consagra el derecho de los particulares a la libre elección de notario, derecho que en los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas se ejercerá por quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales, y en todo caso por el adquirente de bienes o derechos vendidos o transmitidos onerosamente por quienes se dedican a ello habitualmente”.

El *Real decreto legislativo 1/2007*, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* y otras leyes complementarias, en su artículo 89.6, dispone que: “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas [...] 6. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

El diseño de la norma por el regulador parece, pues, más que suficiente. No obstante, algunas tensiones han aparecido puntualmente en la práctica que deberían resolverse siendo aún más intensos en la salvaguarda de la imparcialidad. Especialmente en un momento de gran concentración bancaria. Estamos —como sucedía con la libre elección de la

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

tasadora— ante una norma bien diseñada por el regulador pero cuya infracción deberá acompañarse de una sanción más efectiva.

Pero, en cualquier caso, lo que cada vez se evidencia con mayor plenitud es que los *firewalls* son de eficacia algo dudosa y que el regulador no debe apoyarse en un operador que presente conflictos de interés, por más cautelas que establezca, sino por un controlador absolutamente independiente. Comparando con otros *gatekeeper*, la situación del notario como funcionario imparcial es una solución que evita los problemas de sesgo parcial que denuncian Knieper, Murray y Stürner. Sobre todo si se refuerza con las correspondientes sanciones por incumplimiento el mecanismo de elección del notario por el contratante menos informado. El sistema notarial es más que suficiente en este aspecto. La existencia de ciertos elementos de protección como el *numerus clausus*, o la retribución por medio de arancel, o la demarcación territorial constituyen instrumentos que posibilitan la verdadera y plena independencia del notario y, con ella, la necesaria superación de los conflictos de intereses en aras de la imparcialidad. Así lo ha venido a reconocer recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El catastro y el registro de la propiedad

Traigo a colación ambas instituciones porque se complementan mutuamente generando sinergias positivas tanto desde el punto de vista de seguridad —al quedar perfectamente definido el objeto del negocio jurídico inmobiliario, la finca— como en el terreno de la reducción de costes. Baste en este último aspecto consultar el informe *Doing Business 2012* para ver como el Kadaster holandés —unido con el registro desde 1825— hoy puede inscribir los cambios

de titularidad cobrando una tarifa plana de 87 euros y arrojar beneficios a fin de año. En cuanto a la necesidad de que el mercado hipotecario descansa sobre una adecuada identificación catastral de las fincas, bastaría con ver los múltiples estudios previos tendentes al establecimiento de un mercado hipotecario de dimensión europea.

No es preciso profundizar mucho para descubrir que de nada sirve la hipoteca si el objeto sobre el que recae, la finca, no es identificable y localizable en la realidad, es decir, sobre la superficie de la Tierra. Para ello la institución responsable de la identificación, el catastro, y el organismo responsable de los derechos, el Registro de la Propiedad, deben operar conjuntamente. Actualmente son ya quince los países comunitarios que han unificado ambas instituciones: Bélgica, Países Bajos, Francia, Italia, Grecia, Lituania, Letonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Chipre, Bulgaria, Rumania, Suecia y Finlandia. En algunos casos, como Suecia (2008) o Finlandia (2010), las organizaciones catastrales han absorbido el registro de la propiedad. En otros, en los que se mantienen dos instituciones diferenciadas, se comparte la misma base de datos (Austria, Eslovenia, Estonia y recientemente Dinamarca) o se está trabajando, como en el caso de Alemania, Portugal o Polonia, para utilizar una única base de datos en el futuro. Añadamos que en Noruega, Islandia y Suiza, ambas instituciones están también fusionadas. En la dirección absolutamente opuesta, en España, el Registro de la Propiedad y el Catastro mantienen su independencia. Es más, el Registro, en una absurda, innecesaria y antieconómica actitud corporativista, está desarrollando el proyecto Geobase que pretende ser su propia base gráfica, al margen de la del Catastro. Cuando el Kadaster holandés unificó ambas instituciones ya en el año 1825.

En Alemania, la *Ley de introducción de las transacciones jurídicas electrónicas y del archivo registral de la propiedad electrónico*

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

en el procedimiento registral de la propiedad, permitirá coordinar notaría, registro y catastro en 2014. Uno de los estados federales que tiene prevista y más avanzada su introducción es Baden-Würtemberg, donde los registros de la propiedad están gestionados por la organización notarial. Sin duda, la permeabilidad entre estas tres instituciones ha de mejorar la eficiencia, rapidez y seguridad del sistema.

En cuanto al catastro, como institución responsable de la identificación de las fincas, la Coordinadora de Relaciones Internacionales en la Dirección General del Catastro de España, Amalia Velasco Martín-Varés,¹⁴ presenta el siguiente panorama europeo. “Veinticuatro de los 27 países de la Unión Europea disponen actualmente de catastro. Sólo en tres: Reino Unido, Irlanda y Malta no existe un Catastro como tal. Los correspondientes *Ordnance Survey* equivalentes a nuestro Instituto Geográfico, realizan los mapas topográficos que registran los datos físicos del terreno, pero no reflejan los límites de los inmuebles por los derechos que sobre ellos tienen los titulares, ni recogen su naturaleza uso y valor. En estos tres países no se ha elaborado una cartografía catastral en la que se han delimitado las parcelas, en base a los títulos de propiedad u otros derechos, con el acuerdo de los titulares y creando un mapa continuo. Y, por tanto, no disponen de una base gráfica que pueda servir de apoyo al Registro de la Propiedad”.

El sistema de identificación de la finca en el registro inglés se obtiene mediante la delimitación de la finca sobre un mapa topográfico con un rotulador de color rojo. Es lo que se denomina “plano topográfico aparente” que solamente representa los elementos que son visibles en el territorio. Con esta forma arcaica y precaria de identificación del objeto de la transmisión uno de los problemas adicionales de los

¹⁴ Amalia Velasco Martín-Varés. *El notario del siglo XXI*. Madrid, n.º 39, septiembre-octubre 2011, p. 54.

overriding interests (derechos extrarregistrales prioritarios a los registrales) consiste en poder determinar la parte afectada y la libre de una actual occupation (posesión efectiva). Son frecuentes los casos en que el Land Registry comete errores en la identificación de las fincas a la hora de expedir los títulos de propiedad.

Por contra, siguiendo a Amalia Velasco Martín-Vares, “en Dinamarca, Suecia, Finlandia, Polonia, Los Países Bajos, Alemania, Austria, Lituania, Letonia, Estonia, Chipre, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Rumania, Bulgaria, Grecia, Noruega, Suiza, Islandia y recientemente en Portugal, todos los bienes inmuebles deben estar por ley registrados y localizados en un mapa continuo para todo el territorio, del que se obtiene su forma y superficie. Así, en estos países: no se reconoce la titularidad de la finca si no está inscrita (obligatoriedad del registro); no se inscribe sin levantamiento topográfico (obligatoriedad de disponer de una cartografía topográfica como base); y no es válido el levantamiento topográfico si no identifica los límites de la finca. No basta como en el Reino Unido, Irlanda o Malta (en donde la inscripción en el Registro de la Propiedad es también obligatoria), con disponer de un topográfico aparente. Es necesario por ley contar con un verdadero catastro.

Frecuentemente se olvida algo tan elemental como que el objeto de transmisión no es la finca registral, ni la catastral. Lo que se compra y se vende o lo que se hipoteca es la finca real. Por más que digan el registro o el catastro, la incorporación de una identificación gráfica, a menos que haya sido delimitada con intervención de todos los propietarios de las fincas contiguas, no puede producir el efecto de convertir al comprador en dueño de la parte extralimitada de la finca “virtual” sobre la real. En caso de conflicto, será el juez, a la vista de todo un conjunto de pruebas, quien decidirá el ámbito de las fincas, la comprada y las contiguas.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGUJACIÓN

Por ello, todos los países de la UE describen la finca sobre bases gráficas, más o menos consolidadas por el tiempo. Sólo en España se presenta la curiosa especialidad de que no hay dos fincas, la real y la catastral, sino tres: la real, la catastral y la registral. Con una dificultad añadida, la finca registral se describe literariamente —es decir, con palabras, expresando la cabida y nombrando quienes son los vecinos por los cuatro puntos cardinales— mientras que la descripción catastral es gráfica, mediante planos. A veces, resulta del todo imposible determinar si una finca descrita literariamente se corresponde con la finca descrita gráficamente por el catastro. La única solución es la correspondencia de la finca real con la catastral gráfica, atendidas las limitaciones de la descripción literaria como medio de expresión de la realidad geográfica. Sólo por razones corporativas de escaso calado se entiende la resistencia a la definitiva sustitución de las identificaciones registrales por las catastrales, que es la solución adoptada desde hace tiempo por toda la Europa que goza de catastro parcelario. De los veinticuatro países comunitarios que tienen catastro, en diecinueve de ellos registro y catastro comparten la misma base de datos y en tres, Alemania, Portugal y Polonia, se trabaja para establecer la base única. Grecia también deberá avanzar en este sentido.

En la mayoría de los países de la UE el notario gestiona una negociación en la que las partes se hallan interesadas en determinar con exactitud el objeto de su transacción, tanto para conocer la extensión de su derecho, como para evitar incurrir en responsabilidad. Y es en este momento cuando el notario es de vital importancia para corregir los datos erróneos y adecuarlos a la realidad, comunicándolos al catastro/registro. Lo mismo se puede decir cuando se modifican las fincas mediante operaciones de segregación, agrupación o modificación. Colabora de esta forma en una tarea de alta prioridad para los Estados: disponer de un ca-

tastro que determine con precisión todo el mosaico de fincas de su territorio, sin huecos ni solapamientos, para llegar desde este punto de partida a lo que se denomina catastro multifuncional, como base de datos compartida, completa e interoperable, donde junto a los datos específicamente catastrales se publiquen la titularidad, las cargas, las limitaciones urbanísticas, medioambientales, usos, deudas fiscales, etc. Es otra de las actividades en las que el notario colabora con el regulador.

En la actualidad gran número de países están desarrollando aplicativos informáticos que permiten realizar las operaciones de modificación desde Internet. Amalia Velasco Martín-Vares reseña que Países Bajos, Dinamarca, Lituania, Finlandia, Rumania, Eslovenia, Bulgaria, Alemania, Polonia, entre otros, están realizando una labor de centralización de todas las bases de datos de los Registros distribuidas en el territorio, estandarizando los procesos relativos a la verificación de la documentación, la digitalización, los modelos de datos que permiten hacerlos interoperables y, sobre todo, están agilizando los procesos de comprobación de datos, actualización y corrección. Un ejemplo: el Kadaster de los Países Bajos permite a los notarios la remisión de las escrituras y la corrección de los datos gráficos y literales a través de Internet utilizando los aplicativos del propio Kadaster. Otro: el proyecto NEISVEP de Lituania permite al notario acceder a los datos catastrales y registrales, obtener directamente toda la información necesaria sobre datos catastrales, titularidad, cargas, y formalizar los trámites de inscripción registral y catastral de la operación realizada. En España, ANCERT dispone de un programa informático avanzado que permite convertir la planimetría gráfica que puedan aportar los técnicos en planimetría catastral, con lo que la coordinación pasa a ser extremadamente sencilla.

Otro pilar fundamental en la línea de modernización

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

ESCRIVA + 193

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

del catastro/registro y de aumento de su funcionalidad consiste en la facilitación del acceso informático a sus base de datos por parte de los operadores jurídicos. Los notarios tienen acceso directo y sin traba alguna a las bases de datos de registros y catastros informatizados en toda la UE continental. Sólo en España el acceso de los notarios a la base de datos del registro se halla limitado desde un doble punto de vista. En primer lugar, el registrador tiene a su cargo controlar el interés legítimo en la consulta del registro, aunque el interés se presume. Tal restricción, amén de inviable porque supondría calificar las intenciones de los solicitantes, es anacrónica. La *Freedom Information Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1966 suprimió el requisito de comprobación del interés legítimo para el acceso a los registros públicos americanos. El Land Registry de Inglaterra y Gales desde 1990 puede consultarse por el público en general. Antes de esta fecha sólo lo podía consultar el propietario o una persona por él autorizada. En segundo lugar, el acceso al registro no se efectúa directamente a la base de datos sino a la información procesada y tratada por el registrador. Con el inconveniente de que el operador no queda enterado del contenido exacto del registro, sino de las conclusiones que el registrador extrae de los libros. Y es posible que determinados asientos, de ser conocidos en su literalidad, no sean interpretados en idéntico sentido por el interesado y por el registrador. Por contra, el acceso al catastro español está informatizado y los notarios pueden acceder al mismo de forma telemática en consideración a su condición de funcionarios públicos y a los efectos de su función.

Nuevas tecnologías, mejoras de proceso productivo y ahorro de costos

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

El notariado español, en un *simposium* celebrado en Barcelona en 1999 se planteó la doble necesidad de incorporar los avances telemáticos al ejercicio de su función; incorporar su función pública a la Sociedad de la Información.

La *Ley 24/2001* introdujo la tecnología telemática en el artículo 17 bis de la *Ley del notariado* español: “1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias [...] En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes; b) los documentos públicos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.

El gran acierto del 17 bis de la *Ley del notariado*, que adapta la firma electrónica a la escritura pública, ha consistido en mantener lo necesario y prescindir de lo sobrero. Se mantiene la presencia del notario para la identificación, el juicio de capacidad, el control de legalidad, el consentimiento informado, la autoría del documento. Sin estos controles fallaría el sistema de seguridad jurídica preventiva. Y este control notarial hay que colocarlo en el momento y en el lugar de formación y prestación del consentimiento. Por el contrario, se facilita y simplifica todo lo mecánico de la transmisión y posterior operación del documento mediante la circulación de la copia auténtica electrónica. Se mueve la copia electrónica, la escritura se produce manteniendo la presencia.

La ventaja de este sistema reside en que la depuración o control se efectúa en el “momento de la verdad” es decir cuando nace el contrato, sea o no susceptible de inscripción en un registro. De hecho, en España ni la mitad de la contratación sometida al control notarial queda afectada por una posterior calificación, sin que se planten problemas de seguridad jurídica dignos de mención. No obstante, algunos integristas españoles del registralismo buscan llevar la actuación del registrador a este momento de la verdad. Construyen así un sistema de “telecalificación” sin ver —y menos hablar— con los contratantes. Parten de una “capacidad supuesta” y de un “consentimiento informado innato” en los contratantes. En definitiva, olvidan que no sólo es importante “el momento de la verdad” sino también “el lugar de la verdad”. Es difícilmente imaginable como se puede controlar un proceso sin

estar ni en el momento ni en el lugar en que se desarrolla. Este es, precisamente, el acierto del artículo 17 bis de la *Ley del notariado* español.

La mejora introducida con la circulación telemática es determinante de un cambio radical tanto en celeridad como en ahorro de costes. Como apunta César Belda, hasta el año 2001 el notariado español se articulaba en cerca de 3,000 despachos por toda España, sin interrelación entre ellos. La *Ley 24/2001* permitió que los notarios españoles pudieran comunicar escrituras públicas entre notarios y con administraciones públicas con valor de documento público, utilizando para la comunicación la firma electrónica reconocida notarial. A partir de ese momento se pudieron celebrar negocios simultáneamente entre notarias situadas a kilómetros de distancia y en tiempo real, convirtiendo al notariado español en una única oficina notarial con 3,000 sedes distintas, que intercambian documentación entre sí como si estuvieran en el mismo edificio, con la consiguiente potencialidad y mejora de la imagen y del servicio que es fácilmente imaginable. El notariado español se colocó a la cabeza del europeo en cuanto a grado de modernización. Y los requisitos técnicos de la firma electrónica que utiliza (2,048 bites) son los más altos de cuantos sistemas de seguridad existen en el mundo.

Esta técnica se está ya ampliando al tráfico internacional a través del proyecto EUFIDES que permite que dos notarios de dos distintos países puedan autorizar en práctica simultaneidad una escritura pública y su ratificación, cada uno con su cliente, que evita con EUFIDES todo desplazamiento. Como explica María de los Reyes Sánchez Moreno el Proyecto EUFIDES depende en su funcionamiento de los medios telemáticos. Precisa de una adecuada plataforma de comunicación entre los dos notarios colaboradores y de un servicio de autenticación de las firmas electrónicas. En este

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

ESCRIVA ✚ 197

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

momento se dispone de una plataforma a la que es fácil acceder una vez se poseen los códigos necesarios y, por otra parte, el programa “Bartolus”, que ya existía, se ha demostrado muy eficaz y rápido en la certificación de las firmas electrónicas de los notarios europeos. Sistemas como “Bartolus” deberían sustituir a la apostilla en el seno de los países implicados. Algunos países, como la propia Holanda, no exigen la apostilla cuando el notario receptor considera suficientemente probada la autenticidad de la firma. Un futuro reglamento europeo sobre comunicación digital hará depender además esta cuestión del reconocimiento mutuo: si un Estado admite como suficientes los documentos sin apostilla de otro Estado, éste no la podrá exigir en los documentos del primero. En cualquier caso, queda decir que el Proyecto EUFIDES está abierto a cualquier posibilidad técnica futura que pueda mejorar su funcionamiento. Las líneas fundamentales del Proyecto EUFIDES se diseñaron con el objeto de ser aprobadas por la CNUE, el Consejo de los notariados europeos con notariado latino, y habiéndose ya aprobado por la Asamblea de la CNUE, y por lo que a España se refiere, presentado oficialmente en el Congreso Notarial de Madrid en mayo de 2012, el siguiente paso debe ser su aprobación por la Comisión Europea como un proyecto que se integrará en el más ambicioso que persigue la creación del espacio jurídico europeo. La firma electrónica ha permitido asimismo la implementación de nuevas utilidades. Entre ellas:

E-hipotecario es la segunda aplicación que el notariado español puso en práctica y fue precisamente para facilitar que la parte más débil en los contratos financieros —los deudores— no tuvieran que desplazarse a los bancos y pudieran suscribir sus préstamos —hipotecarios o no— con el notario de su localidad, o con el que tuvieran su mayor confianza. El aplicativo no sólo comunica con firma electrónica el conte-

nido de la escritura de hipoteca firmada por el deudor a la Entidad financiera para que ésta tome conocimiento y pueda aceptar; incorpora además un sistema que abona al deudor el importe del préstamo en su cuenta, asegurando de esa forma la inmediata disponibilidad del dinero prestado.

Programa para la coordinación notarias/catastro. Una de las necesidades más urgentes para el futuro de la seguridad jurídica es la necesaria adecuación del contenido jurídico del título de transmisión o hipotecario a la realidad física de la finca que se transmite o hipoteca. Uno de los principales problemas existentes consiste en la no correspondencia entre la realidad física de la finca y su descripción contenida en el título. La realidad física sólo puede ser recogida a través de un sistema georeferenciado, habitualmente utilizado por los catastros inmobiliarios. En tanto que la descripción jurídica no está coordinada con él y suele derivar de arrastres históricos sobre descripciones antiguas. Es preciso terminar con esa dicotomía. Para ello se ha dispuesto un sistema —un programa informático avanzado— que permite convertir la planimetría gráfica que pueden aportar los técnicos —arquitectos, ingenieros, etc.— en planimetría catastral, con lo que la coordinación pasa a ser extraordinariamente sencilla. El notario vela porque tanto los linderos cuanto las cabidas de las fincas coincidan con las que constan en la planimetría catastral. Y en caso de discrepancia inicia un procedimiento que permita subsanarla. El procedimiento pasa por citar y obtener el consentimiento de todos aquellos que puedan verse afectados por ese procedimiento, pero también por convertir en planos georeferenciados los dibujos o planos que son aportados por los arquitectos y los técnicos. De esa forma, unificando los dos aspectos, el proceso de coordinación ha empezado en España con más de diez mil expedientes resueltos en medio año.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

Publicidad de los sorteos que se celebran ante notario. Para garantizar la imparcialidad y la seriedad de los sorteos en España, éstos suelen celebrarse ante notario. Sin embargo el público en muchas ocasiones no conoce cuáles son las bases —los requisitos o procedimientos— a los que ese sorteo va a ajustarse. Es por eso que el notariado ha desarrollado una base de datos denominada ABACO donde los notarios remiten esas bases o procedimientos así como el resultado de los sorteos. De esa forma la persona que pretende un sorteo sabe que el notario controlará que éste se ajuste al procedimiento previamente fijado, y que su resultado será conocido por todo el mundo en orden a poder reclamar el premio que corresponda.

Registro de seguros de vida. Una de las aplicaciones que mayores beneficios ha proporcionado a los ciudadanos españoles la ha constituido esta base de datos. Suele ser frecuente que los ciudadanos contraten seguros de vida, incluso para el caso de accidente, al contratar otro tipo de cosas —hipotecas, visa, etc.—. Y también es frecuente que al fallecer una persona los herederos ignoren que ese seguro de vida existe. Por otro lado la compañía aseguradora puede ignorar que ese asegurado ha fallecido. Con ello, y hasta ahora, no era extraño que ese seguro se perdiera, o mejor dicho, que la compañía aseguradora no lo pagara a los herederos del asegurado.

Desde hace cinco años los notarios españoles vienen obligados, al autorizar la herencia de cualquier ciudadano, a preguntar a la base de datos de seguros si el fallecido era titular de algún seguro de vida. Y en tal caso notificarlo a sus herederos. Sólo en el primer año de funcionamiento de este sistema las compañías de seguros abonaron 21 millones de euros más que el año anterior a los beneficiarios de los seguros de vida.

Página web para subastas extrajudiciales. El notariado está a punto de lanzar un servicio web que garantice una adecuada publicidad en los supuestos de subastas sobre fincas ejecutadas, por el procedimiento extrajudicial con intervención de notario, y en garantía de la obtención de un mejor precio para los deudores embargados y ejecutados. Tal servicio requiere necesariamente una verificación de los sistemas de consignación de cantidades para las personas que quieran participar en las subastas, a través de una adecuada pasarela de pago que garantice la identidad de los participantes. Y por otra parte una garantía de las identidades de los participantes, a través de una plataforma que conecte a todas las notarías donde se pueda verificar la identidad de quienes deseen participar.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

La llamada “forma de control”

El artículo 24 de la *Ley del notariado* español dispone: “Los notarios en su condición de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios que autorice o intervenga por los que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”.

La colaboración con las autoridades judiciales y administrativas supone un sinfín de comunicaciones. Las nuevas tecnologías las han facilitado. El notariado español ha desarrollado el llamado Índice Único Informatizado que consiste en parametrizar todas las escrituras en una ficha completa que contiene todos los datos necesarios para las distintas administraciones. El índice es una aplicación informática donde constan todos los negocios o actos jurídicos posibles a realizar en una notaría. Para cada acto se prevén las personas que obligatoria o voluntariamente pueden intervenir en él, así como los elementos esenciales del negocio: precio, forma

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

de pago, objeto del negocio y características, así como las personas físicas o jurídicas que intervienen. Esa captura de datos que se realiza día a día en todas las notarías de España ha permitido disponer de una base de datos interrelacionada con más de 500 millones de datos desde el año 2004.

Oficina para la Prevención del Blanqueo de Capitales. Al encontrarse todos los datos interrelacionados resulta sencillo poder seguir aquellas operaciones en las que las escrituras públicas se utilizan como medio para blanquear capitales. Pero también aquellas otras en que la escritura en sí es un medio para defraudar el pago de los impuestos.

Tanto en un caso como en otro, las búsquedas y consultas se encuentran exclusivamente permitidas para las autoridades judiciales o, en su caso, las fiscales. Y siempre después de haber acreditado que se encuentra abierto un procedimiento judicial o fiscal. El funcionamiento de la OCP ha permitido a España dentro del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), organismo incardinado dentro de la OCDE, obtener una de las mejores calificaciones en acciones preventivas y represivas de las operaciones del blanqueo de capitales y represión del terrorismo.

Pago de impuestos y presentación en los registros. De la autorización de escrituras públicas se derivan en España, como en la mayor parte de los países, hechos impositivos que obligan a pagar impuestos. El notariado ha desarrollado un sistema que no sólo comunica por vía telemática la copia auténtica de la escritura pública a la administración, sino también verifica el pago por vía telemática. Con la remisión de la escritura la administración puede posteriormente comprobar el hecho imponible y la corrección de la liquidación practicada. Esta aplicación que el notariado siempre realiza a instancias de los clientes ha colocado la función notarial también como

actividad gestora muy importante, permitiendo además recibir una compensación económica. Y con el mismo protocolo de seguridad VPN se ha conseguido, además presentar las escrituras en los registros de la propiedad y mercantiles españoles.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

Cambios de titularidad en el catastro. Se realiza automáticamente a través de la remisión selectiva de datos que se efectúa quincenalmente a partir del Índice Único Informatizado.

Obtención de los números de identificación fiscal de las sociedades que se constituyen. Dichos números son, en Europa, un requisito indispensable para que una persona jurídica pueda contratar. Hasta que pusimos en marcha la aplicación las sociedades demoraban unos días en ese proceso —3 ó 4— con el importante perjuicio que suponía estar un periodo de tres o cuatro días sin actividad. Después de implantar nuestro sistema de comunicación y recepción por vía telemática, desde que la escritura de constitución de la sociedad se firma, hasta que puede empezar a contratar, el lapso de tiempo se estima de 15 a 20 minutos.

Obtención de las denominaciones por vía telemática. De la misma forma, la obtención de la denominación de una sociedad que pretende constituirse, por vía telemática del Registro Mercantil Central, de forma que se garantice que no existe ninguna otra sociedad con idéntica denominación, demora escasamente 24 horas.

Centro Estadístico del Notariado. Como también es fácil concluir, el tratamiento de toda esa información, cuando no se trate de datos protegidos, sino meramente económicos, permite ofrecer a la sociedad unos indicadores económicos y sociales imprescindibles para conocer buena parte de nuestra

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

realidad y adivinar nuestras tendencias. Es por ello que hace un año pusimos en marcha nuestro Centro Informático del Notariado (Cienotariado) a través de cuya web, abierta y gratuita, permite conocer, con un sencillo mecanismo de preguntas, el detalle de nuestros movimientos económicos.

De resultados de esa aplicación podemos ofrecer a nuestros ciudadanos, pero también a nuestra administración, por ejemplo donde se incrementa más el precio, o dónde disminuye. En qué se compra más. O se vende. Y quién compra, según qué tendencias, etc.

Base de datos de poderes procesales. En España, como en la mayor parte de los países, los pleitos empiezan con el hecho de que la persona que quiere pleitear, o que tiene que defenderse acudan al notario y otorguen un poder facultando al apoderado o al procurador para que los represente en juicio y fuera de él. El procedimiento obliga luego a comunicar la copia a todas las partes y también al juzgado. Y el expediente tiene que conllevar todas las copias de todas las representaciones. Por duplicado. Lo que viene a implicar un coste en papel, en fotocopias y en almacenamiento inmenso. Los notarios hemos desarrollado un procedimiento por el cual el particular sólo se lleva un código seguro de verificación (csv) que hace constar luego el abogado al principio de la demanda. Mientras tanto el notario envía una copia del apoderamiento, junto con una ficha que permite su localización, a la base de datos de la Justicia española. Cuando el pleito empieza, el Secretario Judicial sólo tiene que conectarse y comprobar que el poder existe y que es suficiente para el juicio. Sin fotocopias ni papel. Además permite que, si el demandante en algún momento quiere revocar el apoderamiento, lo pueda hacer en cualquier notaría, sin tener que pasar por el apuro de pedirle la copia a su abogado.

LEX

SEGURIDAD

DEL MERCADO

INMOBILIARIO:

LA NECESIDAD DE

INSTRUMENTOS

DE REGULACIÓN

En definitiva, las nuevas tecnologías no han hecho sino potenciar la actividad del notario como instrumento del regulador para poder conocer de forma más directa e inmediata el mercado inmobiliario y reaccionar antes frente a sus excesos, así como prevenir y reprimir las actuaciones que resulten contrarias a la ley. Al propio tiempo, mejoran el servicio prestado al ciudadano ahorrándole tiempo, costes y desplazamientos, ampliando la información disponible para tomar sus decisiones y haciendo realidad la obtención de un consentimiento verdaderamente informado.

Conclusiones

Los bienes inmuebles presentan unas características que exigen que el mercado inmobiliario requiera una regulación y un control que no son necesarios en los mercados de bienes perecederos.

La permanencia de la propiedad inmueble a lo largo del tiempo hace que los propietarios de las fincas se sucedan unos a otros formando largas cadenas de titularidad en las que el fallo de un eslabón precedente actúa como una carga de profundidad que anula las transmisiones posteriores en virtud de la regla *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir lo que no es suyo).

La concurrencia de distintos derechos y titularidades sobre una misma finca introduce mayor complejidad que en la contratación de otros bienes, lo que provoca la necesidad de recurrir al asesoramiento especializado. Esta necesidad se ve incrementada si se atiende al elevado valor que casi siempre representan los inmuebles en relación a la economía de las familias.

ESCRIVA ✚ 205

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

La relevancia económica de los bienes inmuebles se manifiesta también en relación al Estado. Sólo el parque de hipotecas tiene una dimensión equivalente a cerca del 50% del PIB de la Unión Europea. El Estado es el primer interesado en la regularidad de las cadenas de transmisiones y en la certeza y determinación de los derechos reales inmobiliarios con el fin de evitar factores de riesgo desestabilizadores de la economía.

Finalmente, la función social del derecho de propiedad se hace especialmente presente en la propiedad inmueble en forma de múltiples limitaciones de carácter administrativo y social, que no concurren en los mercados de bienes perecederos.

Por tales motivos, se revela necesaria la regulación del mercado inmobiliario estableciendo mecanismos que: a) garanticen la estabilidad de las titularidades; b) eviten las asimetrías informativas; c) protejan al consumidor o contratante débil y menos informado; y d) ayuden al Estado en sus políticas públicas.

Estos mecanismos deben, además, procurar la mayor eficiencia al menor coste. Por ello, ya después de la desamortización posterior a la Revolución Francesa, se encomienda a un servidor público, el notario, y a un instrumento, la escritura pública, la responsabilidad de garantizar la regularidad de las transmisiones y, con la suma de todas de ellas, la solidez de la cadena de titularidades. Se acompaña la medida con la creación de registros de publicidad de dichas transmisiones para evitar los supuestos de doble venta y para dar a conocer los derechos no posesorios, entre otras finalidades. Nace así, la protección del llamado tercero hipotecario.

El área del derecho anglosajón, que no conoció tales leyes desamortizadoras, quedó con la antigua regla *nemo dat quod non habet*. Los registros de la propiedad anglosajones llegan más tarde y con una eficacia mucho más menguada debido

a su menor fiabilidad, en buena medida como consecuencia de la falta de la titulación auténtica y del control jurídico que en el Continente aportaban los notarios.

La reciente crisis de las hipotecas *subprime* y las gravísimas dificultades que en Estados Unidos han acompañado a la posterior ejecución de hipotecas, en muchas ocasiones imposible judicialmente por no quedar acreditada la cadena de titularidades, han demostrado palpablemente la superioridad del notariado latino-germánico sobre el *deed* privado anglosajón.

En el terreno de los costes, tampoco se revela superior la libertad de forma inherente al *deed*. Se acostumbra a considerar que la obligatoriedad de la intervención notarial implica un coste que no tienen los sistemas anglosajones. Pero no es en absoluto exacto. Por las razones expuestas al inicio, dada la complejidad del comercio inmobiliario, la intervención de un profesional se hace siempre necesaria, aunque no sea obligatoria. Y, entrando ya en comparaciones, se puede observar que la ordenación de la propiedad inmueble propia del sistema continental, controlada a través de la escritura pública o *acte authentique* publicada en el registro a lo largo de dos siglos, gracias a su fiabilidad rebaja los costes de transacción, mejora los controles públicos sobre el tráfico inmobiliario, evita las asimetrías informativas y protege al consumidor o contratante débil y menos informado. Por otra parte, la peor sistematización del sistema anglosajón determina unos elevados costes en ascaramiento, como se desprende del informe *Doing Business 2012, Registering property in United Kingdom*.

El seguro de títulos típico de Estados Unidos, por su parte, se revela notablemente deficiente. Representa un coste elevado y tiene el inconveniente añadido de que no evita el coste social e individual de la litigiosidad ni el trauma personal de perder la propiedad o el derecho a la finca adquirida.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN

La crisis *subprime* ha puesto también al descubierto problemas de parcialidad de los bancos y los intermediarios y asesores jurídicos en la contratación inmobiliaria y, muy especialmente, en la formalización de los préstamos hipotecarios. Parcialidad que ha redundado en títulos erróneos, cuando no falsos. Algunos registros denuncian porcentajes de hasta el 80% de inscripciones basadas en títulos defectuosos. La consecuencia final ha sido en algunos casos la pérdida de la vivienda por sus propietarios que nunca firmaron ninguna hipoteca y, en otros que se cuentan por decenas de miles, la imposibilidad de plantear judicialmente la reclamación de los créditos hipotecarios.

La regulación del mercado inmobiliario se revela, pues, imprescindible. El informalismo y la falta de control se han demostrado no sólo inoperantes sino abiertamente nocivos, agravando las consecuencias de la crisis con la inseguridad jurídica en las llamadas cadenas de títulos y su correspondiente coste social e individual.

El notario de corte latino-germánico se revela como un instrumento especialmente apto, en su condición de funcionario o delegatario de una función pública, para ejecutar las políticas de transparencia y regulación del mercado inmobiliario. El control de legalidad, la información del consentimiento, la eliminación de asimetrías informativas, la protección del consumidor y del contratante menos habituado, forman parte de su actividad y su cumplimiento viene garantizado por un estricto régimen disciplinario. Siendo cierto que un buen título es la base necesaria de un buen registro, el *acte authentique* o escritura se revela, por su parte, como el documento más idóneo por las garantías que incorpora y por su valor y efectos de fe pública.

Las nuevas tecnologías incorporadas al quehacer del notario y, especialmente la transmisión telemática y segura de datos, le permiten acceder a la información y transmitirla con

un notable ahorro de tiempo y costes para el usuario. El acceso telemático a los registros, al catastro, a las administraciones públicas (fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc) potencian la eficacia de la función y abren nuevos campos en los que el servicio notarial obtiene sinergias positivas.

Con la tecnología de firma electrónica para la emisión de copias auténticas de la escritura pública es posible mantener la presencia del notario para la identificación, juicio de capacidad, control de legalidad, consentimiento informado, autoría del documento, en el momento y lugar del otorgamiento, sin los cuales fallaría el sistema de seguridad jurídica preventiva, y simplificar todo lo mecánico de la transmisión y posterior operación del documento. La escritura se produce manteniendo la presencia del notario y su control directo, y se mueve la copia electrónica.

La circulación de la copia auténtica electrónica de la escritura pública facilita, además, el tráfico internacional permitiendo su otorgamiento y formalización a distancia sin necesidad de desplazamiento. El proyecto europeo EUFIDES es una buena muestra de la colaboración internacional y del amplio y prometedor futuro que tiene ante sí una institución tan antigua pero a la vez tan actual y útil como es el notariado latino-germánico.

LEX
SEGURIDAD
DEL MERCADO
INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE
INSTRUMENTOS
DE REGULACIÓN