

Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal.¹

Fernando P. Méndez González

Sumario

Parte Primera.

El derecho de propiedad privada: su fundamentación económica

1.-Los postulados básicos del análisis económico: especial referencia a los derechos de propiedad. 2.-Propiedad privada *versus* régimen de acceso libre y régimen de propiedad comunal. 2.1.- Planteamiento. 2.2.- Concepto de propiedad privada. 2.2.1.- La absolutividad del dominio como atribución a su titular de las facultades de exclusión que integran su contenido.2.2.1.1.-Planteamiento general. 2.2.1.2.-Especial referencia al *ius disponendi*. Su función como instrumento para la reasignación permanente de recursos hacia sus lugares de uso más eficientes. 2.2.1.3.-La internalización de las externalidades como fundamento del fundamento de la propiedad privada 3.- Los problemas de los recursos de acceso libre. 2.3.1.- Planteamiento. 2.3.2.-Desde el lado de la oferta. 2.3.3.-Desde el lado de la demanda. 2.4.-La propiedad comunal: costes de exclusión y de gobernanza interna. 2.4.1.- Planteamiento. 2.4.2.-Costes de exclusión. 2.4.3.-Costes de gobernanza interna. 3.- La propiedad privada sobre la tierra. 3.1.-La necesidad de exclusividad y de alienabilidad para que la propiedad privada pueda cumplir su función. 3.2.- Los beneficios de la exclusividad. Evidencias empíricas.3.2.1.-Jamestown. 3.2.2.-Plymouth.3.2.3.- Salt Lake City. 3.3.- La evolución hacia la propiedad privada como consecuencia del comportamiento cooperativo. Una evolución no asegurada. 3.4.-La dificultad de establecer regímenes eficientes de propiedad privada. 3.5.- Consecuencias del no reconocimiento de la libre transferencia. Evidencias empíricas. 3.5.1.-Planteamiento. 3.5.2.-Evidencias empíricas. 3.5.2.1.- Las

¹ Ponencia presentada en el XVII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral – CINDER-, Lima (Perú), 11-14 de octubre de 2010. Para cualquier sugerencia o aclaración dirigirse a fpmendez@fernandopmendez.eu

vinculaciones feudales y el proceso de liberación del suelo. 3.5.2.2.-La colectivización bolchevique en Rusia. 3.5.2.3.-Los Ejidos mexicanos. 4.-Consideraciones finales.

Parte Segunda

La ingeniería jurídica del intercambio impersonal

5.-La necesidad de seguridad y de liquidez para que el derecho de propiedad privada pueda cumplir su función. La necesidad del Estado. 5.1.-Planteamiento. 5.2.-El inevitable *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal. 5.2.1.-Contratación personal e información completa: los derechos son simultáneamente líquidos y seguros. 5.2.2.- Contratación impersonal. 5.2.2.1.-La progresiva aparición de la información incompleta, 5.2.2.2.-Los riesgos de la información incompleta. 6.-La pervivencia de la regla de la reivindicabilidad ilimitada como factor causal del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal. 7.-La necesidad de intervención del Estado para la existencia del derecho de propiedad y para la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez del mismo en un entorno de contratación impersonal. 7.1.-Planteamiento. 7.2.- Fundamento de la necesidad de intervención del Estado para la existencia del derecho de propiedad. Las economías de escala en la protección del mismo. 7.3.- Fundamento de la necesidad de intervención del Estado para la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad. 7.3.1.-Planteamiento. 7.3.2.-La superación del *trade off* en el ámbito mobiliario. La suficiencia de la intervención normativa. 7.3.3.- La superación del *trade off* en el ámbito inmobiliario. La necesidad de la intervención directa – normativa e institucional-. 7.3.3.1.-Las características de los bienes inmuebles. 7.3.3.2.- Intervención normativa: la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada, su sustitución por la abstracción causal *inter tertios* y la inversión de las reglas de protección de la propiedad. 7.3.3.3.-Intervención institucional: la publicación del sistema transmisivo inmobiliario mediante la introducción del Registro de derechos. La conversión de los inmuebles en “bienes de búsqueda”. 7.3.3.3.1.-Planteamiento general. 7.3.3.3.2.-De la titularidad negocial a la titularidad registral. 7.3.3.3.3.- El derecho a conocer el contenido de la inscripción. 7.3.3.3.4.- Consecuencia: superación del *trade-off* entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios 7.3.3.3.5.-El mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada, sin embargo, solo permite paliar, pero no superar, el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal.

0.-Sinopsis.

Este trabajo tiene dos partes claramente diferenciadas pero, al propio tiempo, estrechamente interrelacionadas.

La primera parte, trata de los fundamentos económicos del derecho de propiedad privada², especialmente referidos al derecho de propiedad privada sobre la tierra, o, de un modo más general, sobre bienes inmuebles.

Tales fundamentos forman parte del análisis económico de los derechos de propiedad. Como es sabido, la economía pone el énfasis en que la vida consiste en una serie de elecciones entre alternativas, elecciones que son necesarias porque los recursos son limitados. No hay tanto dinero, ni tiempo, ni petróleo, ni tierra, ni agua potable como nos gustaría. En esas condiciones, la economía analiza cuál es la elección más eficiente, La eficiencia es el nervio de la economía, el enfoque que la distingue de las demás ciencias.³

Pues bien, el análisis económico pone de manifiesto que la forma más eficiente de explotación de los recursos escasos es la propiedad privada, pero, también, que ésta no siempre es posible, porque su implantación va asociada a una serie de costes que no siempre lo permiten. La disminución eficiente de tales costes es, por ello, requisito

²Utilizo aquí la expresión *derechos de propiedad*, o su equivalente en inglés, *property rights*, en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solamente para referirme a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión del aprovechamiento. Incluye, por tanto, no solamente la propiedad, tal y como la define el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de libre acceso son aquellos sobre los que no se aplica exclusion alguna. Ahora bien que un derecho sea exclusivo no quiere decir que no posea limitaciones, sino que tan solo se halla limitado por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase al respecto el excelente trabajo de San Emeterio Martín N. *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, pp.32ss. Ed.: Tecnos, Madrid, 2005. Véase también Ackerman B. *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown and Company. Igualmente Furubotn E.G y Richter R. *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, Second Edition, 2008.

³ En economía, la noción de eficiencia tiene, básicamente, dos acepciones: 1) La eficiencia en el sentido de Pareto. La asignación de recursos es superior en el sentido de Pareto cuando mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de nadie. Esta noción parte del supuesto de información completa, voluntariedad de la transacción y ausencia de efectos externos. En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto requiere la unanimidad de todas las personas afectadas. Se trata, por tanto, de una concepción de la eficiencia válida para el modelo perfectamente competitivo pero con pocas aplicaciones en el mundo real; 2) Criterio de Kaldor-Hicks o de maximización de la riqueza. Si A valora un bien en 5 y B en 12 con un precio de venta de 10 –de hecho con cualquier precio de venta entre 5 y 12- la transacción generará un beneficio total de 7. Con un precio de 10, p. ej., A se considerará 5 mejor y B 2 mejor. Habría una transacción eficiente siempre que el daño causado –si hay alguno- a terceros –menos los beneficios que se les confieran- no excedan de 7. La transacción solo sería superior en el sentido de Pareto si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les inflijan. El concepto de Kaldor-Hicks también recibe el nombre de superioridad potencial de Pareto: los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque no lo hicieran efectivamente. Dado que, en el mundo real, casi nunca se dan las condiciones para la superioridad en el sentido de Pareto, pero los economistas hablan constantemente de la eficiencia –de hecho, es el nervio de la Economía- está claro que la noción de eficiencia comúnmente aceptada no es la superioridad en el sentido de Pareto sino en el sentido de Kaldor-Hicks. Véase Posner R. *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pag. 21.

imprescindible para poder extender la propiedad privada como régimen de explotación de los recursos. Cuando ello no se consigue, la alternativa es la propiedad comunal, en muy variadas formas, y en el límite, el régimen de acceso libre, que es la negación misma de la propiedad, y la forma más ineficiente de explotación. Por ello, puede afirmarse que, en la medida en la que el balance costes/beneficios lo permite, la flecha evolutiva va desde la explotación en régimen de acceso libre a la propiedad privada, pasando por la propiedad comunal, la cual sería un estadio intermedio entre ambas situaciones.

La segunda parte tiene por objeto poner de manifiesto cómo para que la propiedad privada pueda no solamente existir sino, además, expandirse, se requiere la intervención del Estado dirigida, como mínimo, a paliar los costes del inevitable *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad –propio de un entorno de contratación impersonal–, y, en el caso más deseable, a superar dicho *trade off*, haciendo que los derechos sean, simultáneamente, más líquidos y más seguros, lo que permite maximizar la función de utilidad del instituto de la propiedad privada.

Solo la intervención del Estado, o de una autoridad pública equivalente, permite paliar, e, incluso, superar dicho *trade off*, pero dicha intervención, para ser efectiva, requiere una sofisticada ingeniería jurídica, especialmente compleja en el caso de los bienes inmuebles. En efecto, en el caso de los bienes muebles tradicionales, especialmente de las mercaderías, la superación del citado *trade off* se consigue mediante una intervención normativa consistente en la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada y la atribución a la posesión de una especial función legitimadora. Con ello, se consigue aumentar la liquidez de los derechos de propiedad sin disminuir *de facto* la seguridad de los mismos, debido a las características de los bienes muebles.

En el caso de los bienes inmuebles, sin embargo, no basta con dicha intervención normativa, pues sus especiales características impiden atribuir a la posesión de los mismos una función legitimadora semejante a la atribuida a la de los bienes muebles, ya que ello disminuiría la seguridad de los derechos de propiedad sobre los mismos. Se requiere, por ello, además, una intervención institucional, consistente en el Registro de derechos, cuya implantación permite que los derechos sean, al propio tiempo, más líquidos y más seguros, pues suministra al mercado la identidad de la persona con poder de disposición sobre el inmueble reconocida por el Estado, así como la extensión del derecho, sin disminuir –sino, más bien, todo lo contrario– la seguridad del propietario.

La implantación del Registro de derechos implica la *publicación* del sistema transmisivo en un doble sentido.

En primer lugar, significa la intervención activa y directa –es decir, normativa e institucional– del Estado en el sistema transmisivo dirigida a posibilitar la obtención de títulos de propiedad de eficacia universal o cuasi-universal –inscripciones– sin necesidad de contención ni de usucapión. En virtud de dicha intervención, cuyas características se detallan en el trabajo, los *iura in rem* inmobiliarios, dejan de ser bienes de experimentación, o, a lo sumo de confianza, como sucede bajo el Derecho común, para convertirse en *bienes de búsqueda*.

En segundo lugar, y como consecuencia, implica que quien tenga interés legítimo puede acceder al conocimiento de la titularidad y extensión de los *iura in rem* inmobiliarios que el Registro ha contribuido a crear y que permite conocer, incluso sin consentimiento de los titulares.

Si, por el contrario, se mantiene la regla de la reivindicabilidad ilimitada, una intervención solamente institucional –v.gr.: registro de documentos- puede posibilitar la disminución de dicho *trade off*, pero no superarlo. Ello es así porque la causa última del *trade off* hay que buscarla en el mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada en un entorno de contratación impersonal, caracterizado por las asimetrías informativas generalizadas sobre atributos de los bienes –titulares y extensión de los *iura in rem* sobre los mismos, entre otros-, a cuyo conocimiento es necesario acceder para poder contratar.

En todo caso, estas tecnologías jurídicas, junto con la utilización, en su caso, de tecnologías que permiten una mejor identificación de los bienes a un menor coste, mejoran sustancialmente el balance coste/beneficio de la explotación de los inmuebles en régimen de propiedad privada y, por lo tanto, amplían no sólo el número potencial de individuos que pueden ser propietarios, sino, además, la cantidad y características de los bienes susceptibles de ser explotados en régimen de propiedad privada. No solo disminuyen los costes de protección de la atribución exclusiva del aprovechamiento de los recursos sino que, además, facilitan los intercambios voluntarios y, por lo tanto, la asignación eficiente de recursos.

Parte Primera

El derecho de propiedad privada: su fundamentación económica

1.-Los postulados básicos del análisis económico: especial referencia a los derechos de propiedad.

La metodología económica, incluida la aplicada a los derechos de propiedad, se construye sobre cuatro postulados básicos, cuyo núcleo es el individuo, el cual es la unidad de análisis en economía, por lo cual se habla de *individualismo metodológico*. Tales postulados básicos son los siguientes⁴:

1.-Los individuos eligen bajo condiciones de escasez, lo que los sitúa constantemente ante *trade-offs*. En un mundo de escasez, un determinado uso de un recurso impide otro uso alternativo y, en consecuencia, genera un coste de oportunidad. Así, por ejemplo, si sobre una parcela de terreno se construye una casa, eso impide que sea utilizada como campo de baloncesto.

⁴ Sigo, en este punto, la exposición de Anderson Terry L. Y McChesney F.S, en la obra colectiva, de la que ellos son editores *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, págs. 3-7,, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

2.-Los individuos actúan racionalmente al perseguir su propio interés, ajustando continuamente los beneficios y costes marginales de sus acciones.

Por actuación racional se entiende que los individuos tienen preferencias estables y que actúan sistemáticamente para maximizar la cantidad de bienes –tangibles o intangibles- que satisfacen esas preferencias y cuya adquisición está sujeta a costes.

Ahora bien, los recursos son limitados. La maximización racional, en consecuencia, requiere que los individuos, al evaluar los costes y beneficios de sus acciones, se pregunten qué ganancias adicionales pueden obtener de la adquisición adicional de determinados bienes o servicios para satisfacer sus preferencias y qué debe ser sacrificado para obtener tales ganancias adicionales. Ello no quiere decir que los individuos no se equivoquen nunca. De hecho, los errores forman parte del comportamiento racional: la información es costosa de obtener porque es escasa, por cuya razón no tienen información completa cuando toman sus decisiones.

El modelo perfectamente competitivo –modelo *walrasiano* estándar neoclásico- parte de la premisa básica de información plena –cada uno elige como si conociese el resultado de todas sus posibles acciones- y de racionalidad paramétrica –cada uno elige como si sus acciones fueran el único factor variable, tomando las acciones de los demás como circunstancias fijas.

En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y, precisamente por eso, falla. De hecho, si a los modelos teóricos les agregamos *información imperfecta* y *racionalidad estratégica* – cada uno actúa considerando los efectos de sus acciones en el comportamiento de los demás- nos acercamos muy deprisa a los mercados reales, que se caracterizan porque el mercado resulta muy costoso. El hecho de que realizar transacciones sea costoso hace que sea primordial la asignación de derechos de propiedad, introduce la cuestión de la organización económica y hace que la estructura de las instituciones políticas sea clave para la comprensión del crecimiento económico.

5

En el análisis de los derechos de propiedad, el postulado del comportamiento racional es particularmente importante. Dado que los recursos son escasos y susceptibles de usos alternativos, los actores racionales emplean recursos para definir y proteger –*enforcement*- los derechos de propiedad, tanto como los beneficios derivados de utilizar los recursos de ese modo – propiedad privada- excede de los costes necesarios.

Si los beneficios marginales de definir y proteger tales derechos son mayores que los costes marginales, los individuos emplean recursos en tal definición y protección, no sólo de un modo estático, sino, sobre todo, dinámico. En otros términos si el coste de definir y proteger los derechos de propiedad privada se eleva, los individuos invierten menos en ellos; si desciende, invierten más.

⁵Para el desarrollo de estas ideas, véase Coase R.H. *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed. Madrid, 1994. Ackerman B.A., *Economics Foundations of Property Law*, Little Brown and Company.

3.-La conjunción de escasez y comportamiento racional produce una competencia por los recursos. Los individuos acaban generando reglas que disciplinan dicha competencia, o, en otros términos, organizan la cooperación.

Tal competencia es costosa y, además, puede degenerar en violencia, la cual disipa esfuerzos. Por ello, los individuos salen beneficiados colectivamente si definen reglas que gobiernen la competencia por los recursos, eligiendo aquellas que hagan menos costosa la competencia por los mismos⁶. Los individuos podrían acordar colectivamente, por ejemplo, que la violencia o las amenazas de violencia no son reconocidas como modo de adquisición y definición de derechos de propiedad. Incluso, con la finalidad de reducir el coste de la violencia, tales reglas podrían ser acordadas privadamente.

Así, cuando el número de individuos que compite por un recurso es pequeño y el grupo es homogéneo, existe un fuerte incentivo para minimizar una competencia asoladora, sustituyendo la violencia por el contrato como instrumento de adquisición y definición de los derechos de propiedad. Pero a medida que crecen el tamaño del grupo y su heterogeneidad, se llega a un punto en el que aparece la jungla *hobbesiana*, en la que la vida es es “repugnante, brutal y corta”. En tal contexto, reglas externamente impuestas, contenidas en leyes y ordenanzas, son preferibles a las soluciones privadas para minimizar los conflictos sobre los recursos. Ello explica el surgimiento y la función del Estado en relación al mercado y a los derechos de propiedad.

4.- Dados el autointerés y la racionalidad individual, un sistema de derechos de propiedad bien especificados y fácilmente transferibles incentiva juegos de suma positiva con ganancias mutuas derivadas del intercambio.

La competencia por el aprovechamiento de recursos escasos puede dar lugar al conflicto o a la cooperación, en función de cuál sea el sistema de derechos de propiedad. Si los derechos de propiedad no están bien definidos y protegidos, el incentivo para obtenerlos mediante la amenaza del uso de la violencia se incrementa, con el resultado previsible de que los propietarios de los recursos invertirán menos en desarrollar los mismos.⁷

Del mismo modo, si los derechos de propiedad no son transmisibles, aquellos que podrían hacer más valiosos los recursos escasos, tendrán pocas opciones para negociar sobre ellos, en relación a las que tendrían para actuar fraudulentamente o recurriendo al Gobierno.⁸

⁶ Libecap G. *Contracting for Property Rights*, en *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*. Op. cit. pág. 143. Desarrolla más ampliamente esta idea en la obra del mismo título.

⁷ Tullock G. 1967. *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*. *Western Economic Journal*, 5 (June), págs. 224-232. Citado por Anderson Terry L. Y McChesney F.S, en la obra colectiva, de la que ellos son editores *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág. 6, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

⁸ Epstein R. A, *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge: Harvard University Press. Citado por Anderson Terry L. Y McChesney F.S, en la obra colectiva, de la que ellos son editores *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág. 6, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

Por el contrario, si los derechos de propiedad están bien definidos, protegidos, y son fácilmente transmisibles, los propietarios pueden comerciar con los mismos, obteniendo todos mayor provecho.

Las ganancias potenciales derivadas de los intercambios son puestas de manifiesto por diversos estudios comparativos los cuales muestran cómo las economías con mayor libertad económica, derechos de propiedad privada más seguros y más fácilmente transferibles, protegidos por el imperio de la ley obtienen mejores resultados que aquellas otras economías que adolecen de tales características.⁹

2.-Propiedad privada versus régimen de acceso libre y régimen de propiedad comunal.

2.1.-Planteamiento

La necesidad de la propiedad privada se halla ligada, por tanto, con la escasez de recursos necesarios para la subsistencia, con la existencia de una pluralidad de individuos y con el carácter escaso –y, por tanto, costoso e incompleto- de la información.

En este contexto, la propiedad privada permite un uso más eficiente de los recursos: permite que se exploten más recursos durante más tiempo y que puedan hacerlo un mayor número de personas. A las condiciones para que ello sea posible me referiré posteriormente.

Es un hecho que las economías basadas en derechos de propiedad privada seguros y fácilmente transmisibles, protegidos por un Estado de Derecho, presentan un mayor grado de desarrollo que las economías que no reconocen los derechos de propiedad, o éstos son inseguros o existen graves dificultades para el intercambio, por lo que no son líquidos. Las razones hay que buscarlas en que los derechos de propiedad privada permiten el aprovechamiento exclusivo de los recursos y, en consecuencia, generan incentivos para realizar inversiones a largo plazo y, además, permiten la constante reasignación de recursos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos. Sobre todo ello volveré más adelante.

⁹ Gwartney J., Lawson R., y Block W. , ponen de manifiesto cómo en economías con más altos niveles de libertad económica, la renta *per capita* creció aproximadamente un 2.5%, frente a una caída del 1.5%, en economías con un menor grado de libertad entre 1980 y 1995. *En Economic Freedom of the World: 1975-1995*. Vancouver, BC, Canada: The Fraser Institute. Keefer Ph. y Knack S. afirman asimismo que la ausencia de seguridad en el imperio de la ley disminuye las tasas de crecimiento económico. *En Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation*. *Economic Inquiry* 35: 590-562. 1997. Asimismo, Norton pone de manifiesto cómo la existencia de unos derechos de propiedad fuertes y de un entorno institucional de calidad se revelan como importantes factores en la mejora del bienestar humano. Norton S.W. 1998. *Property Rights, the Environment, and Well-Being*. *En Who Owns the Environment?*. Ed.: Anderson T.L. y Hill P.J.. Lanham, MD: Rowman and Littlefield Publishers, 37-54. Citados por estos últimos autores en op. cit. pág. 7.

Ahora se trata de argumentar por qué razones cuando sobre los recursos no hay derechos de propiedad privada sino que son de acceso libre, y, asimismo, cuando se hallan explotados bajo el régimen de propiedad comunal, la economía no presenta niveles similares de desarrollo. Ello no quiere decir que en determinadas situaciones específicas o en relación a determinado tipo de recursos, no sea inevitable el régimen de acceso libre o preferible el de propiedad comunal, debido a los costes exigidos por la implantación y funcionamiento de la propiedad privada¹⁰.

2.2.-Concepto de propiedad privada.

Como he expuesto, la escasez de los recursos necesarios para la supervivencia constituye, en última instancia, la justificación de la propiedad privada. Mediante ella se asegura la conservación de los mismos, así como su más eficiente aprovechamiento en beneficio del mayor número, en tanta mayor medida cuanto mejor definidos se hallen tales derechos, menos costosa sea su protección y más fácil su transferencia.¹¹

Propiedad privada no quiere decir propiedad irrestricta, sino atribución a los individuos ¹²de un poder directo, inmediato y exclusivo sobre los recursos. La profundidad y extensión de ese poder es función de cada ordenamiento jurídico.¹³ La

¹⁰ En este sentido, puede verse Barzel Y., *Economic Analysis of Property Rights*, 2ª ed., 1997, New York, Cambridge University Press. Asimismo, Ostrom E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, última impresión –número veintidós- 2008. En el mismo sentido *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005. También Ostrom E., Gardner R., y Walker J., *Rules, Games & Common-Pool Resources*, The University of Michigan Press, 2010. Asimismo Eggertsson T., *Open Access versus Common Property*, recogido en Anderson Terry L. Y McChesney F.S, obra colectiva, de la que ellos son editores *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, págs. 73-90, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

¹¹ Para un desarrollo de estas afirmaciones véase Dahlman C. *The open field system and beyond. A property right analysis of an economic institution*. Cambridge University Press, 1980; impresión digital, 2008. Anderson T.L *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, Ed.: Princeton University Press, 2003. Ackerman B.A, *Economic Foundations of Property Law*, Ed.: Little Brawn&Company, 1975. . Barzel, Y, *Economic Analysis of Property Rights*, Ed.: Cambridge University Press, 1997. Furubotn, E. G y Richter, R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of New Institutional Economics*. Ed.: University of Michigan Press, 2005. Lamsdorff-Galagane, V. *Teoría Económica del Derecho*, Ed.: Personal, Madrid, 2007. Méndez González F.P, *Estado, Propiedad, Mercado*. RCDI, núm 708, 2008.

¹² Como afirma Montés, en la concepción liberal, que inspira el Cc. español el individuo es la unidad social primaria y básica. El fin de la propiedad es atribuir los bienes al individuo, por lo que la propiedad es remitida al querer del individuo, y no puede ser caracterizada por una destinación típica, que implicaría una diversa estructura de la relación entre el particular y el grupo. Concebido el individuo como ser trascendente, como valor en sí, desgajado e independiente de los grupos sociales – de los grupos intermedios- solo frente al Estado, el ejercicio del derecho se concibió como acto de libertad individual, defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual. Montés. V.L, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*,pág.54, Ed.: Civitas, Madrid, 1980.

¹³ Como afirma Demsetz una característica esencial de la propiedad privada es la exclusividad, la cual significa que el propietario puede usar el recurso como le plazca, si bien sujeto a las limitaciones legales, y que quienes no son propietarios no pueden usar el recurso sin permiso del

propiedad privada es el poder directo e inmediato, de mayor extensión y profundidad, sobre los recursos reconocido a los individuos por el ordenamiento jurídico¹⁴. Dicho poder incluye diferentes posibilidades de aprovechamiento –facultades-¹⁵

propietario. Véase Demsetz H. *Ownweship and Exchange* en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*, pág 96. Ed.: Cambridge University Press, 2008.

¹⁴ En este mismo sentido puede verse Lasarte C. según el cual la propiedad es el “poder de máxima amplitud que el ordenamiento jurídico otorga sobre las cosas”. Lasarte C. *Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad*, Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto*, Vol.XXV, Enero-junio, pág.105. Sin embargo, es preciso ser muy conscientes de que –como afirma G. Libecap y, en general, la economía neoinstitucional-, cuando los derechos de propiedad no están bien definidos o cuando se hallan atenuados por un grupo o por el Estado, ello conlleva implicaciones negativas para el crecimiento económico. Las restricciones pueden ser desde triviales hasta significativas. La atenuación de los derechos de propiedad sobre un activo afecta a las expectativas del propietario sobre los usos de ese activo, al valor del activo para el propietario y para otros y, consecuentemente, a los términos de un acuerdo. Cualquiera que sea la forma específica que adopte, una atenuación de los derechos de propiedad implica una reducción de las opciones económicas para el propietario del activo y la correspondiente reducción del valor del activo mismo. En cualquier sociedad, la atenuación generalizada de los derechos de propiedad puede tener como resultado una reducción del crecimiento económico. Libecap G., en op. cit. pág. 142.

¹⁵ Desde una perspectiva de dogmática jurídica, la doctrina distingue claramente el poder o señorío en que la propiedad consiste, de cada una de sus facultades e, incluso, de la suma de todas ellas. De ese señorío se predicen los caracteres de generalidad, abstracción y elasticidad. Alonso Pérez los define del siguiente modo: “La *generalidad* emanada de esa especie de infinitud dominical predicada por la codificación napoleónica o por el absolutismo conceptual pandectista, significa la totalidad de los poderes que, al menos en potencia, puede el *dominus* ostentar sobre sus propios bienes. La *abstracción*, evocada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 26 marzo 1987 como característica esencial del tipo descrito en el art. 348 Cc español, supone la posibilidad de que el dominio como título jurídico, como derecho individual, viva separado de sus facultades naturales, con las que, abstraídas del derecho dominical, pueden constituirse otros derechos sobre bienes de menor entidad fructiva o posesoria (usufructo, arrendamiento, superficie, etc). La *elasticidad*, como la goma que tenemos entre las manos, supone que la propiedad se amplía o reduce en mayor o menor cantidad, respectivamente. “El dominio, se ha dicho, atrae y contiene necesariamente cuantas facultades dominicales no estén en poder de persona distinta del dueño. Cualquier facultad contenido de un *ius in re aliena* que queda *nullius* o se extingue, se reincorpora forzosa e inmediatamente a la propiedad por virtud de la *vis atractiva* de ésta” “. Véase Alonso Pérez M. *La propiedad en el Código Civil*, en la obra colectiva coordinada por De Dios S., Infante J., Robledo R. y Torijano E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX.*, pág. 496. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. La cita del autor remite, a su vez a Lacruz-Luna- Mendoza, *Elementos de Derecho Civil III, vol. 1^o, 2^a p.2^a* ed. Barcelona, Bosch, 1988, pág. 24. En realidad las facultades no son sumandos, sino contenido o “aspectos parciales del señorío total o poder unitario del propietario”, Albaladejo, *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, vol 1^o, 8^a ed., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 250. Como ha señalado el Tribunal Supremo español en diferentes sentencias el “dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la interacción potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales” (STS de 2-oct-1975). En principio, estas afirmaciones del Tribunal Supremo hay que entenderlas referidas a la propiedad *abstracta* definida por el art. 348 Cc. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en un contexto más amplio ha afirmado –STC de 26 de Marzo de 1987- que “la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil...(Es un error) identificar el contenido esencial de la *propiedad*, atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no

2.2.1-La absolutividad del dominio como atribución exclusiva al titular de las facultades de exclusion que integran su contenido.

2.2.1.1.--Planteamiento general.

Cuando todas las facultades recaen en el mismo individuo se habla de propiedad privada plena. Esta incluye: 1)El derecho del titular a usar él solo el activo, excluyendo a los demás del uso del mismo –*ius utendi*-¹⁶; 2) El derecho del titular a derivar hacia él mismo el valor del activo, excluyendo a los demás–*ius fruendi*-; 3) El derecho del titular a modificar él solo su forma y sustancia, y a transferir enteramente el derecho o algunas o cada una de sus facultades –*ius disponendi*-.¹⁷

Es nota común a estas tres facultades que integran el dominio la *exclusion* de todos los demás. En eso consiste precisamente la absolutividad del dominio. Solo el propietario de un activo goza, en relación al mismo, de las facultades que integran el poder directo e inmediato sobre la cosa en que la propiedad consiste, salvo que el propietario, en uso de una de esas facultades –*ius disponendi*- lo autorice, dando lugar a que ciertos aprovechamientos parciales del bien deriven hacia personas distintas a él (*iura in re aliena*).

Ello es posible porque las diferentes facultades que integran el dominio – *ius utendi, ius fruendi et ius disponendi*- son, a su vez, divisibles cada una de ellas –cabén diferentes formas y grados de uso, de disfrute y de disposición- y ,al propio tiempo, ampliamente combinables – y recombinables- entre sí, lo que suministra una panoplia, amplia y flexible a la vez, de modalidades de aprovechamiento, la cual posibilita una explotación eficiente de los recursos. Como observa Lepage, una de las características más valiosas del sistema de propiedad privada es, precisamente, la de permitir una gran flexibilidad en la forma en que se pueden organizar y reorganizar libremente, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos atribuidos al propietario.¹⁸

En todos estos casos, la exclusión es una nota común. En el caso de la propiedad privada plena, la exclusión abarca cualquier forma de aprovechamiento del activo; en el

tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada” (F.J 2º)

¹⁶ El *ius abutendi* no significa “derecho de abusar” en un sentido coloquial, sino extraer de la cosa todas sus potencialidades hasta consumirla si preciso fuere. Véase Alonso Pérez M. *La propiedad en el Código Civil*, en la obra colectiva coordinada por De Dios S., Infante J., Robledo R. y Torijano E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 480. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

¹⁷ El *Code* –que inspira al Cc en esta materia- construye el sistema jurídico-civil sobre la libertad, proyectando la idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato. Es claro que la liberalización de la propiedad y la supresión de las cargas feudales hubiera tenido poco sentido si no hubiese sido acompañada por la plena posibilidad de hacer circular los bienes que son objeto de la misma propiedad. Montés V.L op. cit. pp-54-58. En realidad, el *ius disponendi* es una característica esencial de la propiedad liberal y el contrato el instrumento jurídico para hacerlo efectivo.

¹⁸ Lepage H. *¿Por qué la propiedad?*, pág. 100. Ed.: Instituto de Estudios Económicos, 1986.

caso de un derecho real limitado tan solo abarca la forma concreta de aprovechamiento conferida por la facultad adquirida.

2.2.1.2-Especial referencia al *ius disponendi*: su función como instrumento para la reasignación permanente de recursos hacia sus lugares de uso más eficientes.

Una propiedad con facultades suficientes de exclusión y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo, es una condición necesaria –aunque no suficiente- para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo. Para conseguirlo, es necesario, además, que haya libertad de transferencia y que ésta pueda actuarse de forma fácil y segura.

En efecto, en la medida en que la propiedad sea *transferible voluntariamente* con *facilidad* y *seguridad* será constantemente reasignada hacia sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficientes de los desarrollados por la humanidad, hasta el momento, para la creación de riqueza¹⁹.

Precisamente por ello, si bien las diferentes facultades que integran el dominio son importantes, merece destacarse, a efectos de este estudio, la importancia capital del *ius disponendi*, en su doble vertiente de (a) facultad que permite la subdivisión y combinación de las demás y (b) de facultad de transferencia de las mismas conjuntamente o por separado.²⁰

Como ha resaltado Libecap, esta facultad de transferencia, ampliamente flexible, implica que el propietario tiene libertad para transferir todas o parte de las facultades que integran el derecho sobre el activo a otros mediante un precio libremente acordado, lo cual le induce a planificar su explotación con un horizonte temporal amplio y a prestar una especial atención a la utilización del recurso del modo más eficiente posible a lo largo del tiempo.²¹

El *ius disponendi* también es exclusivo del propietario y, por tanto, implica exclusión de todos los demás de un modo absoluto. *Significa que sólo el propietario puede disponer de su derecho y que, por lo tanto, nadie puede disponer del mismo sin su consentimiento*. Esta facultad –*ius disponendi*- se halla bajo el paraguas de la absolutividad del derecho de propiedad.

¹⁹ Véase Dnes A. W. *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Ed.: Thomson-South-Western, Canadá, 2005 pp. 16 y 17. En el mismo sentido Libecap G. sostiene que la facultad de libre transferencia es, quizás, el componente fundamental del derecho de propiedad. *Contracting for Property Rights*. En *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: Anderson T.L y McChesney F.S, Priceton University Press, 2003

²⁰ El *ius disponendi* es la facultad más característica del derecho de propiedad y comprensiva, a su vez, de todas las demás. Bartolo definía la propiedad como “ *ius de re corporali perfecte disponendi nisi Lex prohibeat*. El término “*perfecte*” hace referencia a la plenitud y al sentido ilimitado de tal facultad, que el *Code* traducirá como “*de la manière la plus absolue*”(art.44). Nuestro Cc, más moderado, utiliza la expresión “*sin más limitaciones...*”(art.348Cc)

²¹ Libecap G. *Contracting for Property Rights*. En *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: Anderson T.L y McChesney F.S, Priceton University Press, 2003.

2.2.1.3.-La internalización de las externalidades como fundamento del fundamento de la propiedad privada.

He expuesto que la razón por la cual la propiedad privada permite un mayor grado de bienestar radica en que permite una explotación más eficiente de los recursos, lo que posibilita la explotación de un mayor número de recursos por un mayor número de personas durante un periodo más prolongado de tiempo.

Ello se debe a que la exclusividad del derecho de aprovechamiento del recurso que la propiedad privada confiere a su titular genera incentivos para que éste realice inversiones a largo plazo que redundan en una mejora de los recursos, y, a su vez, la libertad de transferencia, articulada mediante el *ius disponendi* del titular, junto con el reconocimiento general de la libertad contractual, permiten el intercambio voluntario, esto es, el comercio, del cual deriva una reasignación permanente de los recursos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos.

Ahora bien, ¿por qué la propiedad privada puede cumplir esta función mejor que otras formas alternativas de explotación como la propiedad comunal o los regímenes de acceso libre?.

La respuesta la dio Demsetz²² en un artículo que ha devenido un clásico del análisis económico de los derechos de propiedad: porque permite la internalización de las externalidades derivadas de la acción humana dirigida a la explotación de los recursos, de donde deriva que los individuos se benefician de las consecuencias positivas y sufren las negativas, derivadas de sus acciones de explotación de los recursos, a diferencia de lo que sucede en los demás regímenes, lo cual le obliga a comportarse eficientemente.

Precisamente por ello, los derechos de propiedad privada solamente aparecen – solamente pueden aparecer- cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización, es decir a los costes necesarios para el establecimiento y funcionamiento de los derechos de propiedad privada, los cuales varían en función de las características físicas de los recursos, de la evolución de las tecnologías de identificación y medición de sus atributos físicos, así como de identificación de los titulares, de los atributos jurídicos de los derechos, y de la tecnología jurídica disponible para posibilitar el intercambio, venciendo los obstáculos que se imponen al mismo en una sociedad impersonal.

En la medida en que la tecnología física, jurídica e institucional disponible permita rebajar tales costes, en tanta mayor medida podrá expandirse la explotación de los bienes mediante el régimen de propiedad privada, con todas las consecuencias expuestas.

²² Demsetz H. *Toward a Theory of Property Rights*. AmericanEconomics Review, n^o.: 57, mayo 1967, pp. 347 ss. Véase también *Ownweship and Externality Problem* en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: Anderson T.L y McChesney F.S, Princeton University Press, 2003 pp.: 282-301.

En la parte segunda de este trabajo focalizaré la atención en los problemas con los que se encuentra la instrumentación del intercambio impersonal, propio de una sociedad moderna en el ámbito inmobiliario, especialmente los referidos a la identificación de los titulares y de todos los atributos jurídicos que conforman el contenido exacto de sus *iura in rem*.

Ahora procede continuar con el análisis comparativo de las beneficios del régimen de propiedad privada, en relación a la propiedad comunal y a los regímenes de acceso libre.

2.3.-Los problemas de los recursos de acceso libre²³.

2.3.1.-Planteamiento

Cuando un recurso es escaso y el número de demandantes potenciales es amplio, el régimen de acceso libre presenta consecuencias adversas, no solamente en un sentido económico estricto, sino también en el aspecto biológico, relacionadas con la sobreexplotación. Aunque tales consecuencias son complejas y sutiles, las analizaré distinguiendo dos vertientes, la de la oferta y la de la demanda²⁴.

2.3.2.-Desde el lado de la oferta.

Desde el lado de la oferta, un sujeto racional –en el sentido expuesto anteriormente- con derechos exclusivos sobre un recurso, tiene incentivos para invertir en mantenerlo y mejorarlo, pues la exclusividad le permite esperar que los ingresos marginales serán mayores que los costes derivados del mantenimiento y de la inversión, en su caso.

Bajo el régimen de acceso libre, sin embargo, los sujetos racionales apenas tienen – o no tienen en absoluto- incentivos para realizar tales inversiones. Los retornos probablemente serán negativos, pues los inversores no pueden excluir a otros de todos o parte de los beneficios derivados de las mismas. En consecuencia, bajo el régimen de acceso libre, los usuarios prefieren explotar los recursos en su forma natural, sin mejorarlos. Así, por ejemplo, los espacios rústicos de régimen abierto suelen ser utilizados para pasto antes que para plantar árboles frutales. En suma, el régimen de acceso libre se halla asociado con el agotamiento y la desinversión más bien que con la acumulación y el crecimiento económicos.

2.3.3.-Desde el lado de la demanda.

²³ Sigo en este apartado, esencialmente, el excelente trabajo de Eggertsson T., *Open Access versus Common Property*, recogido en Anderson Terry L. Y McChesney F.S, obra colectiva, de la que ellos son editores *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, págs. 73-90, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003. Como observa este autor, el trabajo clásico de Garret Hardin al respecto –*The Tragedy of the Commons*, en *Economic Foundations of Property Law*, Bruce Ackerman, Little Brown & Company, Boston & Toronto, 1975- ha creado una gran confusión al respecto, debido a la utilización indebida del término “*commons*” para referirse a los recursos en régimen e acceso libre –*open access regime*-. De hecho, sobre el terreno, muchos bienes en régimen de acceso libre son denominados bienes comunes o comunales. Ello facilita la confusión.

²⁴ Barzel Y., op. cit. págs. 94 ss.

Desde el lado de la demanda, también se producen consecuencias no deseadas relacionadas con el uso perverso del tiempo y la sobreexplotación de los recursos.

En relación al primer aspecto, cuando un recurso valioso se halla bajo el régimen de acceso abierto, éste es un incentivo para que los sujetos racionales libren entre ellos una carrera para acceder en primer lugar y apropiarse así del mayor número posible de unidades de recurso posible mientras sean abundantes. En efecto la motivación del “ahora o nunca” conduce a los agentes a agotar recursos no renovables sin prestar la debida atención a los ritmos de la *demanda*. *Los recursos naturales renovables*, tales como los *stocks* de peces, pueden soportar varios niveles de rendimiento sostenible, pero los usuarios en régimen de acceso libre, sistemáticamente, no seleccionan el nivel que maximiza la riqueza colectiva. De hecho, si sus necesidades son mayores que las que permite satisfacer el tamaño del *stock*, y si su tecnología lo permite, los usuarios tienen incentivos para agotar el recurso natural no renovable y bajar el nivel de aprovechamiento económico a cero²⁵.

Además, bajo el régimen de acceso libre, los efectos externos son importantes. Las externalidades emergen cuando algunas actividades de un agente –v.gr.:A- impone costes o genera beneficios a otros actores, pero ignorando tales efectos a la hora de tomar sus decisiones, porque ni es recompensado si tales actividades generan beneficios ni castigado si generan costes a terceros. Los efectos son completamente externos a sus decisiones.

La teoría postula que, en sus decisiones, los individuos consideran los efectos marginales y tiende a tomar decisiones eficientes –a maximizar la riqueza conjunta-, dado que son responsables de los costes y beneficios que se derivan de sus acciones. Pero bajo el régimen de acceso libre, los individuos no son completamente responsables de sus acciones y, en consecuencia, los resultados son ineficientes y reflejan los valores medios en lugar de los valores marginales.

Por todo ello, cuando un recurso es escaso y el número de potenciales usuarios es grande, los derechos exclusivos suelen ser una condición necesaria para evitar la sobreexplotación²⁶.

2.4.-La propiedad comunal: costes de exclusión y de gobernanza interna.

2.4.1.-Planteamiento.

La propiedad comunal –*common property regimes*- se halla a mitad de camino entre el régimen de acceso libre y la propiedad privada. Es ya una forma de propiedad y, por lo tanto, presenta costes de establecimiento y de mantenimiento, los cuales tan sólo

²⁵ Eggertsson T. Op. cit. pág 77

²⁶ Como observa Eggertsson T.,-op. cit. pág. 88- un grupo aislado de usuarios podría ser capaz de evitar la sobreexplotación mediante la contratación entre ellos, si no hay amenaza de que entren nuevos usuarios. El aislamiento y la falta de acceso a mercados exteriores, a menudo, ha relajado la presión sobre los usuarios en las sociedades tradicionales, y ha permitido resolver de un modo relativamente fácil los problemas de gobernanza interna.

se acometerán cuando los ingresos marginales excedan a los costes marginales de hacerlo.

Ambos regímenes – de acceso libre y de propiedad comunal- suelen darse solamente en los recursos naturales, pero no en los productos manufacturados. En efecto, la lógica económica sugiere que un sujeto racional no usará su capacidad y sus recursos para generar activos solamente para dejarlos después en régimen de acceso libre. Por ello, en circunstancias normales, no debemos esperar encontrar activos debidos a la acción humana –bienes de capital, de consumo, instrumentos financieros, etc- en régimen de acceso libre, sino tan sólo recursos naturales.

2.4.2.-Costes de exclusión.

La cuestión que se plantea, entonces, en relación a los recursos naturales es la de determinar por qué, en ocasiones, se nos presentan bajo el régimen de acceso libre, en otras bajo el de propiedad comunal y, en otras, bajo el régimen de propiedad privada.

La respuesta hay que buscarla, como señalé anteriormente, en el valor potencial de un recurso en relación a los costes necesarios para hacer efectiva la exclusión en que la propiedad consiste. Así, cuando un recurso natural es escaso pero su valor permanece limitado de un modo estable, los beneficios potenciales de la exclusión podrían no cubrir los costes de la misma, por lo que el régimen de acceso abierto será más efectivo. En la medida en la que un recurso natural deviene más escaso y correlativamente más valioso, la forma más simple de cerramiento deviene interesante. La forma más simple de cerramiento consiste, a menudo, que un grupo de usuarios locales excluye a los vecinos más distantes.

La propiedad privada sobre la tierra genera algunos costes característicos relacionados con la proliferación de lindes entre las diferentes parcelas. La tesis de la eficiencia predice que la innovación tecnológica para marcar, defender y probar las lindes de las parcelas facilitará una mayor parcelación porque reduce los costes relacionados con el régimen de propiedad privada. En ausencia de tales innovaciones es usualmente más barato usar trabajo y material para cercas para cerrar un terreno amplio que dividirlo en muchas parcelas privadas.

Así parece suceder en la realidad. La invención por Glidden del alambre de espino en 1874 parece que estimuló la subdivisión de parcelas en el este americano. Así, en Shasta County, en California, las innovaciones en las técnicas de vallado e irrigación reforzaron el balance coste-beneficio de cercar los pastos y estimularon la parcelación de las tierras de pastos. Inversamente, la viabilidad de la propiedad comunal podría verse reforzada por el advenimiento de videocámaras poco costosas u otras tecnologías que permitan gestionar el comportamiento de los individuos dentro del grupo²⁷.

La divisibilidad y movilidad de los recursos naturales también generan costes y complican los intentos de dividir los recursos en parcelas individuales de pequeñas dimensiones. Es el caso de la atmósfera, las reservas de petróleo o los bancos de

²⁷ Véase Ellickson R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993, pág. 1315.

pescado, por ejemplo. Además de los factores físicos, el coste de cerramiento depende de los precios relativos y de las tecnologías de medición, y los cambios en dichos factores puede hacer económicamente racional subdividir un activo en parcelas privadas.

En consecuencia, el régimen de propiedad comunal es eficiente cuando es demasiado costoso –en relación con los beneficios- dividir un *stock* de recursos naturales entre propietarios individuales, y cuando derivan ganancias netas de asignar individualmente el flujo de servicios entre el grupo. De acuerdo con todo lo expuesto, cambios relativamente pequeños en el valor de un recurso natural o en los costes de exclusión, pueden hacer que un recurso natural pase de estar explotado en régimen de acceso libre a estarlo en régimen de propiedad comunal y viceversa.²⁸

2.4.3.-Costes de gobernanza interna

Cuando dos o más actores independientes se distribuyen un recurso o sus rendimientos, son necesarias ciertas normas de reglamentación –gobernanza- interna para prevenir la sobreexplotación, de un lado, y para asegurar la realización de los trabajos de mantenimiento y mejora del recurso, de otro. El problema de la gobernanza interna es similar al problema del régimen de acceso libre.²⁹

²⁸ Field B., *The Evolution of Property Rights*. Kiklos, 1989, 42 (3), págs.: 319-45. Citado por Eggertsson T., *Open Access versus Common Property*, recogido en Anderson Terry L. Y McChesney F.S, obra colectiva, de la que ellos son editores *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág, 83, Pricenton University Press, Princeton and Boston, 2003.

²⁹ Eggertsson razona esta afirmación del siguiente modo:

“ Cuando N sujetos se distribuyen un recurso, las acciones del sujeto A pueden beneficiar o perjudicar a otro sujeto N-1 miembros. Si A, por ejemplo, invierte en un proyecto que beneficia a todos los comuneros, soportará todos los costes y recibirá solamente 1/N de los beneficios. El mismo razonamiento se aplica cuando A contempla la acción que fuere para evitar acciones que impongan costes a la comunidad. En otros términos, el problema de la gobernanza interna tiene todas las características del problema del régimen de acceso libre excepto uno.

Los comuneros pueden excluir a los extraños y controlar el tamaño de N. El control de N provee una oportunidad para crear un sistema de gobernanza interna que especifique derechos y deberes y regule el comportamiento de los comuneros. Los problemas de coordinación y control son análogos a los problemas de regulación del comportamiento individual de los miembros de un cártel, tal como la OPEP, la cual obtiene beneficios subiendo precios y restringiendo la producción. El cártel solamente tiene éxito si puede refrenar los incentivos de los miembros individuales para vender por encima de la cuota asignada a un alto precio. Desde el punto de vista del bienestar, sin embargo, hay una importante diferencia entre un cártel y un régimen de propiedad comunal. La ruptura de un cártel da lugar a mayor producción y precios más bajos para los consumidores y las ganancias para los consumidores son mayores que la pérdidas de beneficios para los miembros del cártel. La ruptura de la gobernanza interna en la propiedad comunal da lugar a la sobreexplotación, infrainversión, disipación de la riqueza conjunta, y ,también, a la destrucción de los recursos naturales. Eggertsson t. Op. cit pág. 84

El problema de la gobernanza interna presenta diferentes aspectos³⁰. Los propietarios deberían acordar la elaboración de reglas relativas al control de las operaciones diarias, reglas para resolver las disputas, y reglas para impedir los procesos para cambiar la estructura del régimen. Asimismo deben encontrar modos de hacer efectivas tales reglas a un coste razonable, pues el éxito económico a largo plazo requiere que los comuneros desarrollen la capacidad de ajustar las reglas a los cambios externos y también cambiar de régimen cuando las circunstancias lo demanden.

Diversos autores³¹ que han estudiado diferentes sistemas de gobernanza interna, concluyen que éstos se ven afectados por factores tales como las características económicas y sociales de los individuos, las formas existentes de organización política a diferentes niveles, el entorno económico, y las características físicas de los recursos.

Tales estudios enfatizan que los acuerdos sobre el establecimiento de las reglas de gobernanza interna, así como el cumplimiento de las mismas son relativamente dificultosos cuando los actores difieren grandemente en sus habilidades productivas, porque los agentes más productivos rehusarán aceptar reglas que igualen los resultados.

3.-La propiedad privada sobre la tierra.

3.1.-Planteamiento. La necesidad de exclusividad y de alienabilidad para que la propiedad privada pueda cumplir su función.

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto por qué la forma más eficiente de explotación de los recursos escasos es, en general, la propiedad privada, cuando es posible, es decir, cuando los costes de establecimiento y mantenimiento de la misma son inferiores a las ganancias derivadas. Ello significa que cuanto menores sean tales costes mayor es el número de recursos susceptibles de ser explotados bajo este régimen y mayor el número potencial de propietarios. Ello, además, explica el papel esencial del Estado en relación con la propiedad privada, como expondré posteriormente.

Procede ahora poner de manifiesto cómo lo expuesto hasta aquí es aplicable, en general, a la tierra y a los recursos inmobiliarios.

Como observa Ellickson, dado que los seres humanos estamos destinados a vivir sobre la superficie de la tierra, los criterios seguidos para asignar derechos sobre su uso,

³⁰ Quizás los principales estudios al respecto se los debemos a Ostrom E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, última impresión -número veintidós- 2008-.

³¹ Especialmente Ostrom E., *Governing the Commons....*op. cit. También McKean, M. A., *Success in the Commons: A Comparative Examination of Institutions for Common Property Resource Management*. Journal of Theoretical Politics 43, págs. 247-281. Citado por Eggertsson T., *Open Access versus Common Property*, recogido en Anderson Terry L. Y McChesney F.S, obra colectiva, de la que ellos son editores *Property Rights, Cooperation, Conflict and Law*, pág, 85, Princeton University Press, Princeton and Boston, 2003.

se convierten en una cuestión central de la organización social³². La propiedad privada sobre la tierra presenta mayores ventajas, en general, que los otros regímenes, lo que no implica reconocer que, en ciertos contextos puede ser más apropiado el régimen de propiedad comunal. No obstante, la clave de la ventaja del régimen de propiedad privada sobre la tierra, es que es más fácil y menos costoso gestionar los problemas derivados de los linderos que valorar y controlar el comportamiento de los individuos que tienen el privilegio de estar donde están, dentro de un grupo.

Exclusividad del aprovechamiento de los rendimientos del bien y *ius disponendi* –también exclusivo– son características esenciales del derecho de propiedad privada. Si falta alguna de ellas, éste no puede cumplir sus funciones –estimular la realización de inversiones a largo plazo y posibilitar la reasignación permanente de los bienes hacia quienes, en cada momento, se hallan en mejores condiciones de explotarlos más eficientemente–.

A continuación expongo algunos ejemplos de cómo la propiedad privada, cuando es posible, presenta mejores resultados que la explotación en régimen de acceso libre o en régimen comunal. Tales ejemplos ponen también de manifiesto cómo, cuando falla la exclusividad en el aprovechamiento, o no se reconoce la facultad de disposición, no se producen los beneficios derivados de la propiedad privada, precisamente porque, si falla cualquiera de esos elementos, no puede afirmarse, en rigor, que estemos ante un régimen de propiedad privada.

3.2.-Los beneficios de la exclusividad. Evidencias empíricas.

El propio Ellickson propone tres ejemplos tomados de la historia de los Estados Unidos, que expongo a continuación, que sirven de evidencia a las afirmaciones anteriores³³. Tales ejemplos, hacen referencia, sobre todo, a la supresión de la facultad de aprovechamiento exclusivo, entendiendo por tal el que correspondería a los dueños.

3.2.1.-Jamestown .

Fue el primer asentamiento permanente inglés en Norteamérica, un punto de especial interés para *la London-based Virginia Company*. Debido a los peligros que rodeaban a los colonos, éstos construyeron un fuerte. La tierra era poseída en común y se asignaba a todos la misma cantidad de productos sin consideración a su contribución para obtenerlos.

John Smith, el líder más efectivo de la colonia, organizó a los colonos en equipos de trabajo de una docena o más para construir edificios y empalizadas y plantar cien acres de maíz. Cuando Smith estaba ausente, sin embargo, la característica del grupo era la inactividad. La más duradera imagen de Jamestown data de mayo de 1611,

³² Ellickson T., op. cit. pp.:1317- 1321.

³³ Ellickson T., op. cit., pp.: 1336-1341.

cuando Sir Thomas Dale encontró a sus habitantes dedicados a sus “ diarios y usuales trabajos, jugando a los bolos en las calles”.³⁴

Ante tal situación, se parcelaron las tierras y se adjudicaron por periodos de doce años. Pequeños jardines fueron apareciendo poco a poco. Posteriormente, en 1614, el Gobernador Dale comenzó a asignar parcelas de tres acres a los colonos. De acuerdo con John Smith, esta medida multiplicó la productividad al menos por siete.

El “*Great Charter*” de 1619 culminó la marcha de Jamestown hacia una agricultura descentralizada, Aunque el “*Great Charter*” preservó algunas tierras en propiedad comunal, su grandeza estriba en una amplia distribución de derechos para establecer granjas privadas.

La productividad agrícola mejoró incuestionablemente en Jamestown cuando la tierra fue privatizada. En los casi cuatrocientos años transcurridos desde que se instalaran las granjas privadas en Jamestown, nunca se ha retornado al régimen anterior.

3.2.2.-Plymouth

La historia de la propiedad privada sobre la tierra en Plymouth, Massachusetts, es paralela a la de Jamestown, excepto que los acontecimientos se sucedieron más rápidamente.

Para financiar su viaje, los peregrinos formaron una “*joint stock company*” con inversores de Londres. Ante la insistencia de los inversores, los colonos acordaron poner en común tierras, capital y beneficios durante los primeros siete años. De este “*stock común*” los residentes recibirían comida y los medios necesarios para cubrir otras necesidades, y al final del periodo de siete años, la tierra sería dividida en porciones iguales entre inversores y colonos. Los colonos, inicialmente, cumplieron con el espíritu de este contrato. Aunque construyeron jardines familiares casi desde el principio, colectivizaron el campo inicial y la ganadería. Los colonos tuvieron algunos éxitos agrícolas iniciales, pero fueron incapaces de hacer crecer maíz en el terreno común. A los seis meses de llegar a Plymouth, casi la mitad de la población había fallecido a causa de las enfermedades.

En 1624, los colonos, desviándose del plan de los inversores, asignaron a cada familia entre uno y diez acres, dependiendo del número de componentes. Ello incrementó la productividad grandemente. Tras la liquidación de la “*join-stock company*” la parcelación continuó –hasta veinte acres por cada miembro de la familia- y la productividad también. Como observaba Bradford:³⁵

“La parcelación ha sido un gran éxito. Gracias a ella todas las manos se han vuelto muy industriosas. Se ha plantado más maíz que de cualquier otro modo...las mujeres van ahora al campo, y se llevan a sus niños, a diferencia de lo que sucedía antes”.

³⁴ Hamor, R., *Discourse of the Present State of Virginia*, 26 (Richmond, 1957) (1615), citado por Ellickson T. En op. cit., pág., 1337.

³⁵ Bradford W, *History of Plymouth Plantation, 1620-1647*, pp.: 300-301, citado por Ellickson T., en op. cit pág. 1338.

Otras ciudades en el Massachusetts colonial también tendieron a parcelar sus tierras conforme fue pasando el tiempo. Los colonos, normalmente, comenzaron replicando las formas de tenencia de la tierra que habían conocido en sus pueblos de procedencia en Inglaterra. En muchas ciudades, cada familia recibió un número disperso de parcelas, cada una de varios acres. En algunos casos, estas parcelas fueron utilizadas como fajas de tierra en régimen de acceso libre, siguiendo la tradición medieval. Tras una o dos generaciones de venta de tierra, las granjas familiares, compuestas de terrenos contiguos, comenzaron a sustituir a las parcelas dispersas.

3.2.3.- Salt Lake City.

En julio de 1847 –dos siglos después de estos episodios coloniales y ya metidos de lleno en la era industrial-, alrededor de 1700 mormones llegaron al Great Salt Lake Valley, bajo el liderazgo de Brigham Young. Especialmente durante los primeros años, la teocracia asignó equipos para una amplia variedad de trabajos públicos, incluyendo un fuerte, canales de irrigación, caminos y lugares de culto. Durante una o dos temporadas, los mormones parecían haberse tomado la agricultura como una tarea colectiva. En parte porque las langostas y los animales en busca de comida dañaron las primeras cosechas, los colonos, se vieron en apuros para comer en 1847-49.

Nada más llegar, los líderes mormones comenzaron a planear el despliegue de las calles y de las plazas públicas. Apenas un año después, en septiembre de 1848, distribuyeron lotes urbanos, lo suficientemente amplios para que sirvieran, a la vez, de granjas y de almacén para comestibles, y concedieron derechos de propiedad a cada familia sobre entre cinco y ochenta acres.

Muchas de las granjas que fueron medidas nuevamente fueron unidas en un *Big Field*, con un cercado común, que debía ser mantenido, en la porción correspondiente, por cada granjero. Una vez que las parcelas agrícolas fueron adjudicadas, la producción agrícola se disparó.

Más tarde, Brigham Young intentó establecer más formas de colonización colectiva. El profeta mormón Joseph Smith había predicado un Orden Unido, bajo el cual la riqueza estaría más igualitariamente distribuida de lo que lo estaba en Salt Lake City.

Así lo hizo en Orderville, en el sudoeste de Utah, la cual, inicialmente se caracterizó porque sus habitantes vestían igual, las comidas eran comunales y la empresa era colectiva. En 1880 se cerró el comedor colectivo y tres años más tarde se introdujeron diferencias salariales. En 1885, diez años después, los habitantes votaron por disolver el colectivo.

Aunque estos tres asentamientos pioneros difieren, sus historias, en lo relativo a la propiedad sobre la tierra son remarcablemente similares. En cada caso, los colonos comenzaron con una propiedad grupal o comunal sobre la tierra, poco después de un periodo comenzaron a parcelar, lo cual incrementó la productividad de la agricultura.

3.3.-La evolución hacia la propiedad privada como consecuencia del comportamiento cooperativo. Una evolución no asegurada.

Todo ello pone de manifiesto, además, como observa Pipes³⁶, que hay que poner en duda el juicio generalmente aceptado de que todos los derechos de propiedad proceden de apropiaciones realizadas por la fuerza. Efectivamente, el comportamiento racional interviene a menudo para transformar la propiedad común en privada, pues el mercado tiene la tendencia a convertirse en un mecanismo generador de un comportamiento cooperador, que no se aprecia ni se entiende lo suficiente.

Un buen ejemplo al respecto lo suministra Humbeck³⁷. Según este autor, cuando se encontró oro por primera vez en California, en enero de 1848, toda California era propiedad del Gobierno federal y no existían reglas relativas a la explotación de recursos minerales en tierras públicas. Mientras que cientos de buscadores de oro coincidían en las regiones donde había oro, California no contaba todavía ni con un gobierno, ni con tribunales de justicia ni con procedimientos para establecer los derechos de propiedad. No obstante, hubo pocas discusiones porque el territorio era extenso y eran pocos los solicitantes. Pero entre 1849 y 1850, al llegar a California decenas de miles de buscadores de oro, la situación cambió.

En efecto, en 1848, la proporción de tierra que les correspondía a los mineros era tan grande que los derechos sobre las minas tenían un valor relativamente bajo. Si una zona se llenaba mucho, los mineros, simplemente, se iban hacia zonas más altas en busca de un nuevo yacimiento de oro. Sin embargo, al llegar una nueva ola de mineros de California en 1849, los yacimientos de oro se hicieron cada vez más escasos.

Entonces, se convirtió en una práctica común entre los mineros realizar reuniones en las que, por mayoría de votos, se reconocía formalmente el derecho de los solicitantes a explotar un número determinados de pies cuadrados. El derecho era prácticamente equivalente a un derecho de propiedad porque se podía vender.

Este episodio proporciona un ejemplo clásico de cómo la propiedad privada surge mediante consenso común cuando los objetos deseados comienzan a escasear.

Esta evolución, sin embargo, no siempre está asegurada. Burton³⁸ pone el ejemplo del desierto de Libia, cuyo territorio, según parece, en la época del Imperio Romano se hallaba bien poblado de árboles y el pastoreo era productivo, mientras que en la actualidad es un desierto en expansión, sin que, al parecer, se haya producido un cambio climático que explique tales variaciones. Burton atribuye tal variación al cambio en la regulación jurídica del derecho de propiedad. En la época romana existió un régimen de propiedad privada, como consecuencia del cual cada uno podía excluir a los demás de la parcela de tierra asignada, mientras que el actual régimen tribal es, prácticamente, un régimen de acceso libre, en el que la tierra y los pastos son poseídos

³⁶ Pipes R. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, pág. 128. Turner. Fondo de Cultura Económica, México 1999.

³⁷ Humbeck J., *Explorations in Economic History* 14, nº 3 -julio 1977, págs. 197-226. Citado por Pipes R., en *op. cit.*, pág., 127.

³⁸ Burton J., en el prólogo a la obra de Cheung S. *El mito del coste social*, Unión Editorial, Madrid, 1990.

en común. La consecuencia es el sobrepastoreo, con la subsiguiente extinción de los pastos y de las escasas fuentes de agua existentes.

3.4.-La dificultad de establecer regímenes eficientes de propiedad privada.

Un ejemplo parecido lo podemos encontrar en España. En efecto, como afirma Vicens Vives³⁹, el hecho fundamental de la política económica de los Reyes Católicos en tierras de Castilla, fue la resolución, a favor de la ganadería, del dilema entre ésta y la agricultura, el cual estaba planteado desde comienzos del siglo XIII, resolución ésta determinante del atraso español en los siglos venideros, frente al progreso de países como Inglaterra y Holanda.

Las consecuencias de la política fiscal de la Corona española con respecto a la existencia de unos derechos de propiedad eficaces sobre la tierra fueron devastadoras. Como afirman North y Thomas⁴⁰, en el caso de la agricultura, los decretos que favorecían a la Mesta supusieron un auténtico freno para el desarrollo de un derecho de propiedad eficaz sobre la tierra. Como consecuencia de los mismos, pocos eran los incentivos para dedicarse a la agricultura y menos aún para perfeccionarla.

Entre otros decretos, pueden citarse los siguientes⁴¹: 1) La Real Cédula de 1480, la cual ordenaba la desaparición de los cercados construidos por los agricultores en las tierras comunales. 2) La Ordenanza de 1489, llamada de Defensa de las Cañadas, restablecía –ampliados– los límites de las cañadas, al objeto de expulsar de las mismas a los agricultores que se habían establecido en las mismas durante los últimos cincuenta años. 3) El Edicto de 1491, el cual prohibió los acotamientos en el Reino de Granada. 4) La disposición del mismo año, conformada en otros posteriores, autorizando a los pastores a “ramonear”, o sea a cortar los árboles más pequeños para ramonear durante el invierno o cuando escaseaba el pasto. Esta medida, junto con la ausencia de cualquier otra castigando la quema de bosques realizada para favorecer la producción de pastos, presidió la deforestación del país, a pesar del interés demostrado por Isabel la Católica para asegurar la perpetuidad de los bosques. 5) La Ley de Arriendo del Suelo de 1501. Cuando, al aplicarse la Ley de Defensa de las Cañadas, los ganaderos intentaron allanar los campos de los agricultores y los Concejos se defendieron, se dictó la mencionada Ley, en cuya virtud la Mesta podía prorrogar indefinidamente el arriendo de un campo, pagando por él el canon concertado en su origen, y conservar para sus fines toda dehesa ocupada durante unos meses sin enterarse su dueño. Esta última disposición implicaba una presunción de usufructo legal a favor del ganadero, establecida al margen de la voluntad del propietario del predio, que se veía obligado a arrendarlo a un precio irrisorio. Grandes extensiones de Andalucía y Extremadura quedaron así vinculadas a la Mesta y a los intereses de sus dirigentes. Para la agricultura, el resultado no podía ser más desfavorable. 6) El desarrollo de la agricultura se vio aún más dificultado cuando en 1539 se fijó un precio máximo para el trigo. Durante un siglo de inflación ininterrumpida, las rentas fijas sobre la tierra y los precios máximos sobre el trigo

³⁹ Vicens Vives J. *Historia económica de España*, pág. 275, Ed.: Vicens Vives, Barcelona, 1987.

⁴⁰ North D. C. Y Thomas R.P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*.pág. 206. Ed.: Siglo XXI. Madrid, 1990 Es fundamental para entender el papel de la Mesta la obra de Julios Klein, *The Mesta*, Harvard University Press, 1920. Existe traducción española realizada por C. Muñoz y publicada por Alianza Universidad, cuya primera edición es de 1979. También por l Revista de Occidente, cuya primera edición es de 1936.s

⁴¹ Vicens Vives J., op. cit., págs, 275-276.

provocaron, como no podía ser de otro modo, una gran despoblación rural, e, incluso, hambre en numerosos lugares.⁴²

La razón de esta regulación ineficiente hay que buscarla en que las urgencias fiscales del Estado suelen dar lugar a pactos con grupos especiales de interés, con un especial poder negociador pactos que, a su vez, son la fuente de una regulación ineficiente de los derechos de propiedad⁴³, lo que, a su vez, es la causa de la falta de crecimiento y de las diferencias observadas en los diferentes grados de desarrollo de economías con niveles semejantes de recursos. Este fue, sin duda, el caso español: la urgente necesidad de ingresos dificultaba esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, por lo cual los Reyes Católicos prefirieron seguir la vía cómoda de su predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas.⁴⁴

En general, en un contexto de urgencia de ingresos fiscales, no es en absoluto sorprendente que el deseo de aumentar al máximo los ingresos fiscales conduzca muchas veces a la creación de derechos de propiedad que, en realidad, sofocan la expansión económica.

3.5.-Consecuencias del no reconocimiento de la libre transferencia. Evidencias empíricas.

3.5.1.-Planteamiento.

Lo mismo que sucede cuando no hay exclusividad o ésta es muy débil, sucede cuando a pesar de reconocerse la exclusividad del aprovechamiento, sin embargo, no se reconoce la libertad de transferencia, pues ello desincentiva igualmente las inversiones e impide la reasignación constante de los activos hacia quienes se hallan en cada momento en mejores condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos.

3.5.2.-Evidencias empíricas.

3.5.2.1.-Las vinculaciones feudales y el proceso de liberación del suelo .

⁴² Libecap G., op. cit. págs 142-143.

⁴³ Esta idea aparece desarrollada por North D.C. y en *Instituciones, cambio institucional desempeño económico*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México 1995, especialmente págs, 53 ss. En esta obra el autor sostiene y desarrolla la tesis, fundamental en toda su obra, de que la eficiencia del sistema de derechos de propiedad depende de la eficiencia del sistema político, por lo que se requiere la elaboración de una teoría del Estado.

⁴⁴ Véase Vivens Vives. Op. cit. págs. 276-277. Como observan North D.C. y Thomas R. P., de las tres fuentes de ingresos más importantes para la economía española –la Mesta, los pagos procedentes de los Países Bajos y otras posesiones y los tesoros del Nuevo Mundo- dos eran externas. Este hecho configuró el destino de España. Op., cit., pág. 202.

Esta afirmación viene confirmada, en el caso de España, por la experiencia histórica del mayorazgo, la forma usual de vinculación de los bienes entre la nobleza en Castilla. Según Marcos Martín:

“...el régimen de los mayorazgos, al menos en los territorios donde imperaba la legislación castellana, prohibía teóricamente dar la tierra en enfiteusis o realizar contratos de arrendamiento a largo plazo, lo que era motivo de que los campesinos que las tomaban para su cultivo se negaran a introducir mejoras o a emprender cultivos que exigían de un cierto plazo para ser rentables. El mismo proceso de acumulación de bienes en los mayorazgos actuaba como un factor de desinversión en la larga duración, ya que los propietarios, bien por incapacidad o por falta del capital líquido necesario, bien porque las obras y reformas introducidas debían quedar también vinculadas, se abstendían de realizar mejoras, siendo ésta una de las razones principales del envejecimiento de muchos patrimonios amayorazgados y de la pérdida progresiva de la capacidad productiva de los bienes que los componían, algo que los campesinos arrendatarios, preocupados asimismo por obtener la máxima rentabilidad de su explotación con el mínimo coste, difícilmente podían paliar o evitar”⁴⁵

Fenómenos similares podían observarse en los principales países europeos. Precisamente, por ello, como afirman Wesenberg y Wesener,⁴⁶ una de las características centrales del paso del antiguo al nuevo régimen consiste en lo que denominan la “liberación del suelo”, consistente en liberar a la propiedad de sus ataduras feudales, convirtiéndola en una mercancía, si bien las viejas restricciones a la transmisibilidad imponibles en los actos a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, no desaparecieron del todo, aunque sí se debilitaron sustancialmente.

Debe ser subrayado que este proceso de liberación del suelo que se produce entre fines del siglo XVIII y el siglo XIX en los diferentes países europeos –Francia, Reino Unido, España, Prusia, Suiza, Austria, entre otros– suele reflejarse en los modernos códigos civiles que van apareciendo siguiendo la estela del *Code Napoléon*, y todos ellos van acompañados o seguidos inmediatamente por la creación de los sistemas registrales europeos que sustituyen a los propios del antiguo régimen. La liberación del suelo significaba la conversión del mismo en una mercancía, y para que ello fuera efectivo no bastaba con liberar al suelo de las ataduras feudales; era necesario, además, generar la tecnología jurídica adecuada para eliminar las dificultades del intercambio propias de una sociedad impersonal, dificultades de resolución especialmente compleja en el caso de los inmuebles, como expondré posteriormente, la cuales exigían la intervención del Estado en la organización del mercado inmobiliario.

⁴⁵ El mismo autor señala que “...No hay que olvidar, por último, que la imprescriptibilidad de la propiedad vinculada, su independencia con respecto al libre juego de las fuerzas económicas, determinaba también la imposibilidad de que pudiera ser ejecutada por impago de deudas, defensa legal que se extendía incluso a los delitos de lesa majestad, pues era el titular del mayorazgo en ese momento, y no sus familiares o descendientes, quien se veía privado de sus derechos”. Marcos Martín A. *Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares*. En la obra colectiva coordinada por De Dios S., Infante J., Robledo R. y Torijano E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 123. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

⁴⁶ Wesenberg G., y Wesener G. *Historia del Derecho Privado en Alemania y en Europa*. Ed.: Lex Nova, 1998, pp.: 298-299.

3.5.2.2.- La colectivización bolchevique en Rusia.⁴⁷

Sin duda alguna, este proceso puede servir de ejemplo tanto de las consecuencias de la falta de derechos exclusivos, como de las consecuencias de la falta de alienabilidad en los ámbitos en los que éstos son reconocidos. En este trabajo, pretendo enfatizar este segundo aspecto, sin olvidar el primero.

Un Decreto redactado personalmente por Lenin, aprobado por el Segundo Congreso de los Soviets en octubre de 1917 abolió la propiedad privada sobre la tierra, si bien hizo una excepción temporal con las posesiones comunales de los campesinos, con quienes el nuevo e inseguro régimen no deseaba enemistarse.

Entre 1917 y 1920, toda forma de propiedad privada, excepto las tierras comunales y los modestos efectos personales fue nacionalizada. En 1918, no obstante, el gobierno empleó la fuerza para arrebatar a los campesinos de las comunas todo el grano que el propio gobierno había designado como “excedente”. En el caso de los *kulaks*⁴⁸ la cosecha entera de grano debía ser expropiada. El comercio, mayorista y minorista, se convirtió en monopolio del Estado. Los inmuebles urbanos fueron expropiados en nombre del Estado. Lenin ordenó que los títulos de propiedad de las tierras, inmuebles, fábricas, etc, fueran reducidos a pulpa.

En junio de 1918 los grandes establecimientos industriales, se convirtieron en propiedad nacional; en los dos años siguientes, las empresas manufactureras medianas y pequeñas, incluyendo los talleres de artesanos, corrieron la misma suerte.

Hay abundantes pruebas de que todo este esfuerzo ambicioso por introducir una economía comunista en la Unión Soviética fue un gran fracaso. En 1920, la producción industrial, comparada con la de 1913, se desplomó en un 82%. La producción de grano disminuyó aproximadamente en un 40%, arrastrando al país al borde de la hambruna.

No obstante, a pesar de la salvaje persecución perpetrada por la policía política, florecía un mercado negro de productos agrícolas y manufacturados. En realidad, se estima que, de no haber sido por el mercado negro de alimentos, la población de las ciudades de Rusia entre 1918 y 1920 hubiera muerto de hambre, ya que el racionamiento establecido por el gobierno, a menudo, no más que un par de onzas de pan al día, satisfacía solo una parte de sus necesidades.

A principios de 1921, la dirección comunista se vio obligada a ceder. Para entonces, a la rebelión de los campesinos, extendida por todo el país, se habían unido

⁴⁷ En este apartado sigo la exposición de Pipes R., *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Turner. Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp.: 274 ss.

⁴⁸ Formalmente, este término definía a aquellos campesinos que contrataban fuerza de trabajo, pero, en la práctica, se aplicaba a todos los habitantes rurales que desafiaban activamente a los bolcheviques. Lenin ordenó el ahorcamiento de algunos cientos de ellos para escarmentar al resto del campesinado. El comercio de cereales y otros productos agrícolas se declaró ilegal. Tales acciones, impensables aun en la época de la servidumbre, sumieron a la Unión Soviética en la más feroz Guerra civil de la historia del país, en la que cientos de miles de soldados del Ejército Rojo libraron una cruenta Guerra contra cientos de miles de campesinos. Pipes R. op. cit. pág. 274.

amotinamientos en la Marina Roja y huelgas en las fábricas de Petrogrado. Ante esta situación, Lenin optó por una retirada temporal y limitada.

La Nueva Política Económica (NEP), inaugurada en 1921, transformó sobre todo la agricultura. Los campesinos fueron reconocidos como dueños de su producción y se les exigió el pago de un impuesto fijo en lugar de las entregas ilimitadas del supuesto “*excedente*”. Aquella parte de su producción que aún les quedase después de cumplir con sus obligaciones podían venderla en el mercado libre. Estas medidas pacificaron rápidamente al campesinado. Al estar seguros de que sus cosechas no les serían arrebatadas arbitrariamente, los campesinos extendieron la superficie de siembra y, para 1928, la producción de cereales de Rusia casi igualaba los niveles anteriores a 1914.

Aún así, el giro de la política agraria llegó tarde para salvar al país de la peor hambruna de su historia, que se produjo entre los años 1921 y 1922, después de una fuerte sequía. El hambre, unida a la autoimpuesta restricción de la producción y la escasez de semillas, se cobró más de cinco millones de vidas.

La Nueva Política Económica también facilitó el control estatal sobre el comercio y la industria. El gobierno conservó el monopolio sobre el comercio y las exportaciones al por mayor, sobre la industria pesada, los bancos y el transporte, pero hizo concesiones en el terreno de los bienes de consumo. En efecto, se arrendaron las empresas no rentables y se permitió la contratación de mano de obra, y comenzó a circular un rublo nuevo y estable respaldado por el oro.

La “ofensiva socialista”, no obstante, continuó en 1928, después de la decisiva victoria de Stalin sobre sus rivales políticos. Su pieza clave fue la colectivización agraria.

El proceso de colectivización, ideado inicialmente por Lenin, nacionalizó todas las tierras cultivables: las parcelas comunales, anteriormente trabajadas por familias, se consolidaron y colocaron bajo la administración estatal. Los campesinos se convirtieron en trabajadores asalariados, a los que se les pagaba en dinero y en productos, y la totalidad de las cosechas pasaron a formar parte de la propiedad estatal. La única propiedad autorizada sobre la tierra eran pequeños huertos adjuntos a sus cabañas, donde podían cultivar frutales y hortalizas y tener gallinas e, incluso, animales de cría, para consumo personal o para venderlos en los mercados –regulados por el Estado– de las granjas colectivas. Simultáneamente, todas las tiendas privadas e instalaciones fabriles se nacionalizaron. El precio fue la disminución de la vitalidad de todo el país.

El único sector de la economía que mostraba algún vigor era el de la agricultura privada: los treinta y tres millones de parcelas privadas en manos de las familias de las granjas colectivas, cuya extensión era 0,6 acres por término medio y que constituían en conjunto el 15% de la superficie cultivable del país, produjeron casi un tercio de los productos alimenticios de la Unión Soviética de la posguerra. En 1979, aportaron el 30% de la carne, vegetales y leche, el 33% de los huevos, y el 59% de las patatas.

Obviamente, el desplome de la Unión Soviética a finales del año 1991 tuvo varias causas, pero si –como hay buenas razones para creer–, la razón fundamental fue el debilitamiento de la economía, no es irracional deducir que la ausencia de propiedad

privada fue un factor importante y, probablemente, el decisivo. Como afirma Pipes⁴⁹, afectó a la economía en dos sentidos. De un lado, la ciudadanía carecía de iniciativa privada para producir más allá del mínimo, ya que sus necesidades básicas estaban garantizadas. De otro lado, de hacer algo más, no serían recompensados significativamente, y, en cambio, podrían sufrir castigos tales como mayores cuotas de producción. Si, pese a todas estas medidas desalentadoras, un ciudadano soviético demostraba iniciativa empresarial, era mal visto por el aparato burocrático, cuyo interés era justamente paralizar tales iniciativas.

De este modo, la concentración de todos los recursos económicos en manos del Estado minó los cimientos de la ética laboral e impidió la innovación.

Lo inevitable de un desenlace semejante había sido previsto desde mucho antes de que el comunismo se pusiera en práctica por David Hume quien, a finales del siglo XVIII, predijo el resultado de los intentos de imponer una “igualdad perfecta”:

“Distribuyan posesiones para una total igualdad y los diversos grados de arte, cuidado e industria de los hombres romperán inmediatamente esta equidad. O si poneis freno a estas virtudes, reduciréis la sociedad a la más extrema indigencia; y, en lugar de evitar la miseria y la mendicidad en unos pocos, las distribuiréis, inevitablemente, a toda la comunidad”⁵⁰

3.5.2.3.- Los Ejidos mexicanos.⁵¹

Antes de la revolución de 1910, la propiedad sobre la tierra en el México rural se hallaba altamente concentrada. Ello ayudó a encender la mecha de la revolución, uno de cuyos líderes, Emiliano Zapata, llegó a personificar la causa de la distribución de las haciendas entre los campesinos.

En los primeros tiempos, las tierras expropiadas eran transferidas directamente a las familias campesinas. Tras unos pocos años, sin embargo, siguiendo una pauta que prefiguró perfectamente las posteriores políticas de las revoluciones rusa y china, el liderazgo revolucionario mexicano, mudó el énfasis hacia la colectivización de la agricultura. El sistema del ejido emergió en 1917 de una mezcla de teoría socialista, determinadas percepciones de las tradiciones mexicanas anteriores a la conquista, y el temor de que se volviese a concentrar la propiedad sobre la tierra.

Un ejido es una asociación de campesinos –o de familias campesinas- que solicitan y recibe del gobierno un lote de terreno rural. En 1988, 3.1 millones de familias mexicanas vivían en asentamientos ejidales. Estas tierras, junto con las poseídas en virtud del programa para las poblaciones indígenas, constituyen la mitad del territorio mexicano y dos terceras partes del terreno cultivable. Alrededor del 3% de los

⁴⁹ Pipes R., op. cit. pág 279.

⁵⁰ Hume D., “*Of Justice*”, en *The Philosophical Works*, IV (Londres, 1882), pág. 453, citado por Pipes R., en op. cit. pág.: 280.

⁵¹ Sigo en este punto las exposiciones de Ellickson T. en op. cit. págs. 1378-1381, y de De Alessi L., *Gains from Private Property: The Empirical Evidence*, en *Property Rights: Cooperation, Conflict and Law*, obra colectiva cuyos editores son Anderson T.L y McChesney F.S, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003, pág. 103.

ejidos son gestionadas como granjas colectivas. En relación al 97% restante, los líderes ejidales conceden parcelas cultivables a cada familia miembro, las cuales son posteriormente tituladas para garantizar el aprovechamiento exclusivo de lo que producen. En todas las poblaciones ejidales, sin embargo, los pastos y los bosques se mantienen apartados de este régimen, siendo terrenos comunales para uso de todos los miembros.

Un ejidatario posee su granja en una especie de concesión, respecto de la cual sus descendientes no tienen derecho a sucederle. Además, en teoría, debe entregar la parcela al ejido cuando se ausenta o deja de cultivar durante un periodo indebido de tiempo. Finalmente –lo que más nos interesa en este apartado– el Derecho mexicano prohíbe al ejidatario vender, arrendar o hipotecar su terreno. Restricciones todas ellas que limitan severamente la capacidad de los ejidatarios para invertir y para tomar dinero a préstamo.

Según De Alessi⁵², las evidencias muestran que los ejidatarios, en relación a los propietarios privados de terrenos similares, realizan inversiones menores en regadíos y otras mejoras de capital, y usan más trabajo.

Según Ellickson⁵³, el 3% de los ejidos gestionados como granjas colectivas son relativamente corruptos y están mal gestionados, y la productividad de los pastizales y de los bosques poseídos en común es muy baja. Sin embargo, la productividad de las parcelas explotadas por campesinos individuales o unidades familiares es aproximadamente la misma que la de las granjas privadas de México⁵⁴.

Este último aspecto es inconsistente con la teoría económica, la cual predice que las restricciones en la *alienabilidad* disminuirán la productividad, al dificultar las transferencias a los usuarios más eficientes y privando a los propietarios de las posibilidades de acceso al crédito.

No obstante, Heath⁵⁵ ha ofrecido una interpretación del ejido mexicano que reconcilia la teoría con la experiencia. Según este autor, muchos granjeros mexicanos, trabajando desde abajo, han evadido las restricciones de *alienabilidad* que el Estado ha intentado imponer desde arriba. Con vulneración de tales prohibiciones, aproximadamente la mitad del terreno ejidal cultivable se halla arrendado. Adicionalmente, aunque los ejidatarios carecen de capacidad para hipotecar sus tierras, sin embargo, son capaces de tomar dinero a préstamo como muchos de los granjeros privados mexicanos porque el Estado ha creado unos bancos especializados a los que solicitan créditos en nombre del ejido, no como individuos.⁵⁶

⁵² De Alessi L., op. cit. pág. 103.

⁵³ Ellickson T. op. cit. pág. 1379.

⁵⁴ El propio Ellickson advierte que no todos los autores están de acuerdo en esta valoración –op. cit., pág. 1379–. Así, Gates M. *Codifying Marginality: The Evolution of Mexican Agricultural Policy and its Impact on the Peasantry*, 20, J. Latin Am. Stud. 277 (1988), según la cual el ejido es un sector económicamente estagnado que ha devenido dependiente de las agencias gubernamentales, las cuales marginalizan a los ejidatarios.

⁵⁵ Heath, J.R., *Evaluating the Impact of Mexico's Land Reform on Agricultural Productivity*, 20, World Dev. 700-706 (1992). Citado por Ellickson T., en op. cit.

⁵⁶ En otro orden de cosas, De Vany y Sánchez explican por qué el ejido tiende a incrementar el tamaño de las familias. Una familia de mayor tamaño, asegura en mayor medida el derecho a

En Noviembre de 1991, el Presidente mexicano Carlos Salinas de Gortari propuso una reforma constitucional, en virtud de la cual se concedía a cada ejidatario la propiedad de su parcela, con derecho a enajenarla, con una limitación –bien conocida, por otra parte por los propietarios de apartamentos en edificios de Manhattan-: las enajenaciones a los extraños al ejido solo se permitirían previa autorización de las autoridades ejidales.

Aunque el mismo Heath apoyó tales reformas, sin embargo predijo que tendrían una escasa influencia en la práctica, pues suponían una pequeña diferencia con la realidad de las transferencias informales. Los resultados obtenidos con tales reformas no parecen haber sido especialmente remarcables.

En todo caso, como afirma Ellickson⁵⁷, esta historia, sugiere que los teóricos comunitarios podrían haber subestimado cuán obstinados pueden ser los miembros de una sociedad instruida para resistir la imposición de restricciones a la *enajenabilidad*.

4.- Consideraciones finales.

Todo lo expuesto ofrece una explicación plausible a la cuestión de por qué sociedades con niveles similares de recursos pueden presentar niveles diferentes de desarrollo económico, a pesar de décadas de asesoramiento económico y de inyecciones masivas de capital, especialmente tras la segunda guerra mundial; por qué una estructura determinada derechos de propiedad en una economía tiene una influencia decisiva en el modo en el que los recursos serán utilizados y asignados, así como por qué unos derechos de propiedad débilmente definidos o protegidos podrían ser la explicación por la cual determinadas economías presentan bajos niveles de desarrollo de un modo más o menos preexistente.⁵⁸

Como he expuesto anteriormente , los derechos de propiedad privada solamente aparecen –solamente pueden aparecer- cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización, es decir a los costes necesarios para el establecimiento y funcionamiento de los derechos de propiedad privada, los cuales varían en función de las características físicas de los recursos, de la evolución de las tecnologías de identificación y medición de sus atributos físicos, así como de identificación de los titulares, de los atributos jurídicos de los derechos, y de

continuar en la parcela ejidal porque es políticamente más dificultoso desplazarla y porque los niños pueden trabajar la tierra para mantener a concesión de la parcela cuando el padre está enfermo o busca empleo en otro lugar. Es más, precisamente porque el ejido restringe la capacidad para endeudarse y desincentiva la inversión, es mucho más intensivo en trabajo, haciendo que los niños resulten atractivos como fuente de trabajo poco costosa. Los resultados de los test muestran que el ejido está asociado a una más alta tasa de matrimonios, una mayor tasa de nacimientos y familias amplias. En consecuencia, el sistema ejidal empuja el crecimiento demográfico, en la misma medida en que hace menos productivo el uso de la tierra, del trabajo y del capital. De Vany A. and Sánchez N., *Land Tenure Structures and Fertility in Mexico*. Review of Economics and Statistics 61 (1). Págs.: 62-72. Citado por De Alessi L., en op. cit pág. 103.

⁵⁷ Ellickson T. op. cit. pág. 1380.

⁵⁸ Libecap G., op. cit. pág. 142.

la tecnología jurídica disponible para posibilitar el intercambio, venciendo los obstáculos que se imponen al mismo en una sociedad impersonal.

En la medida en que la tecnología física, jurídica e institucional disponible permita rebajar tales costes, en tanta mayor medida podrá expandirse la explotación de los bienes mediante el régimen de propiedad privada, con todas las consecuencias expuestas.

He expresado también que la parte segunda de este trabajo focalizaría la atención en los problemas con los que se encuentra la instrumentación del intercambio impersonal, propio de una sociedad moderna en el ámbito inmobiliario, especialmente los referidos a la identificación de los titulares y de todos los atributos jurídicos que conforman el contenido exacto de sus *iura in rem*.

La resolución de estos problemas, imprescindible para el desarrollo eficiente del mercado, requiere una compleja ingeniería jurídica e institucional que explica el nacimiento y función del Estado moderno.

Por último, antes de iniciar la segunda parte de este trabajo, considero conveniente reseñar por lo que se refiere a la propiedad inmueble, que, si bien la propiedad privada sigue siendo más o menos habitual en relación a las fincas rústicas, sin embargo, en el ámbito urbano, el aumento de la densidad demográfica junto con el desarrollo de nuevas tecnologías edificatorias, ha generalizado la propiedad en régimen de condominio o propiedad horizontal, una mezcla de propiedad comunal y de propiedad privada, en el que los problemas de gobernanza interna aparecen solventados o minimizados mediante la imposición de normas estatales imperativas y, parcialmente, dispositivas. Normas similares rigen el desarrollo de las urbanizaciones privadas.⁵⁹

El desarrollo de estos regímenes parece obedecer a la siguiente lógica: mantenimiento del régimen de propiedad privada hasta donde es posible –pisos, locales, plazas de aparcamiento-, e imposición de la propiedad comunal en aquellos ámbitos en los que las propias características de la tecnología edificatoria lo impone: escaleras, ascensores, pasillos de acceso, etc.

⁵⁹ Un excelente estudio de las diferentes tipologías edificatorias y de su evolución jurídica y urbanística puede verse en Arnáiz Eguren R., *Terreno y Edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, especialmente págs.: 109-120. Ed.: Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.

Parte segunda

La ingeniería jurídica del intercambio impersonal.

5.- La necesidad de seguridad y de liquidez para que el derecho de propiedad privada pueda cumplir su función. La necesidad del Estado.

5.1.-Planteamiento

Como he expuesto, la justificación de la propiedad privada, tal y como la entendemos, se fundamenta en que, de un lado, incentiva las inversiones a largo plazo y, de otro, permite la reasignación constante de recursos escasos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos. Lo primero requiere asignar al derecho de propiedad facultades suficientes de aprovechamiento exclusivo y lo segundo, franquear *la circulabilidad voluntaria*⁶⁰ del derecho, lo que fundamenta, de un lado, la interdicción de las vinculaciones de la propiedad más allá de ciertos límites, y, de otro, la atribución al propietario del *ius disponendi*, cuyo ejercicio se realiza mediante negocios jurídicos de eficacia real, o bien mediante negocios jurídicos de eficacia obligacional y de finalidad traslativa del dominio -según los sistemas- pues las transacciones, para ser eficientes, han de ser voluntarias.⁶¹ Por ello, la *exclusividad de aprovechamiento* del bien, de un lado, y la *circulabilidad voluntaria* del derecho -, de otro, son, *ambas*, componentes *esenciales* del moderno concepto de propiedad privada que se impone tras el fin del antiguo

⁶⁰ Blackstone expuso concisamente la racionalidad de la alienabilidad consensual de la tierra: "Sucede que lo que deviene inconveniente o poco útil para un hombre es altamente conveniente y útil para otro....Esta mutua conveniencia introdujo el tráfico comercial y la recíproca transferencia de la propiedad por venta". Véase Ellickson R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993, pág. 1375. Como resalta Ellickson, la alienabilidad tiene ventajas significativas más allá de los beneficios generados por el comercio. Así, si un propietario tiene el poder de vender, se verá estimulado a trabajar su propiedad con un horizonte temporal amplio -pues, en caso de necesitarlo, podrá desprenderse de la tierra a cambio de un precio-. El poder de hipotecar, el cual es, esencialmente, una promesa condicional de venta, puede capacitar a un individuo con poco capital para adquirir tierra, sí como ayudar al propietario a obtener crédito en condiciones favorables. *Ibidem*.

⁶¹ Es ésta una afirmación general entre los autores de economía institucional. Por todos véase Dnes, A. W. *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*, pp. 16-17. Asimismo Lepage H. *Por qué la propiedad?*. Pp.: 85 ss. Ed.: Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1986. También North D.C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Pp.: 53 ss., Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Asimismo Ellickson R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993, pp. 1315-1400. No obstante, algunos autores han demostrado que la propiedad comunal puede ser también eficiente en ciertos contextos. Véase, en este sentido, Ostrom E. *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. De la misma autora, *Understanding Institutional Diversity*, Ed.: Princeton University Press, 2005. También Ostrom E., Gardner R, y Walker J. *Rules, Games & Common-Pool Resources*, Ed.: The University of Michigan Press, 1994. Por otro lado, la voluntariedad es un requisito esencial para que las transacciones *inter privados* sean eficientes, como resulta del denominado *Óptimo de Pareto*. Véase Posner R.A, *El análisis económico del Derecho*, pp.: 21-22. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

régimen.⁶² El aseguramiento de la exclusividad del derecho, tanto en su vertiente de aprovechamiento, como en la de disposición del mismo, explica la necesaria intervención del Estado para que pueda haber, en sentido propio o jurídico, derechos de propiedad, y para que éstos puedan cumplir su función, pues en una sociedad impersonal existe un *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos ,que solo puede ser paliado o superado mediante la implicación del Estado. Según cuál sea el grado de implicación, tal *trade off* podrá ser superado o solamente paliado.

5.2.-El inevitable *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal.

5.2.1.-Contratación personal e información completa: los derechos son simultáneamente seguros y líquidos.

Idealmente, en un entorno de contratación personal o entre personas que se conocen entre sí suficientemente, en el que, además, las transacciones inmobiliarias son escasas, la memoria de cada individuo es, en cierto modo, un *registro de derechos*, pues conoce las características físicas de las fincas, las circunstancias de cada una de las escasas transacciones habidas y, sobre todo, las características que configuran los derechos de propiedad recayentes sobre la tierra así como la identidad de los titulares.

Por ello, puede afirmarse que la información es completa –o, al menos, suficiente- y que , por ello, los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles son, simultáneamente, seguros y líquidos. En efecto, tal contexto no requiere la adopción de medidas dirigidas a garantizar la seguridad de los derechos de propiedad sobre la tierra, especialmente del *ius disponendi* del propietario, medidas tales que se paguen en términos de liquidez, ni viceversa, es decir, la adopción de medidas para facilitar la liquidez que se paguen en términos de seguridad. Por ello, en un contexto de contratación personal los derechos son simultáneamente seguros y líquidos.

5.2.2.-Contratación impersonal.

⁶² El cambio del antiguo régimen al regimen burgues consiste, precisamente, en el cambio del régimen jurídico del derecho de propiedad sobre la tierra, en gran parte. Como veremos, la propiedad –si es que se la puede denominar así- sobre la tierra en el antiguo regimen era vaga, de contornos difusos, sin aprovechamientos exclusivos recayentes en una sola persona y, en gran parte amortizada y vinculada, lo que impedía que circulara y que pudiese servir de garantía, todo lo cual era incompatible con las necesidades del sistema de economía de mercado que reclamaba la burguesía. La insistencia en que el *ius disponendi* forma parte esencial del moderno concepto de derecho de propiedad hay que entenderla en contraposición a la situación de vinculación y amortización de la propiedad sobre la tierra característica del antiguo regimen. El *ius disponendi*, en este sentido, debe ser entendido ,sobre todo, como una prohibición de establecer prohibiciones voluntarias de disponer más allá de ciertos límites, en definitiva, como una prohibición de vinculación y como una afirmación de la libertad de transferencia que corresponde al propietario de la que no puede ser privado con efectos reales más allá de ciertos límites (art. 781 Cc). Sobre la naturaleza jurídica del *ius disponendi* y las diversas posiciones doctrinales al respecto puede verse Díez-Picazo L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial T.III*, págs.: 941-948, Ed.: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. Asimismo Montes V.L, *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, págs.: 250-252, Ed.: Civitas, Madrid.

5.2.2.1.-La progresiva aparición de la información incompleta.

Conforme aumenta el tamaño del grupo y el número de transacciones, comienzan a surgir asimetrías informativas, pero aún marginales. En tal contexto, quien ose engañar o defraudar utilizando para ello las asimetrías informativas existentes en el margen, si las hay, tiene escasas probabilidades de éxito, y, además, en todo caso, ha de pagar un precio muy alto por ello, en términos de confinamiento reputacional. Puede afirmarse, por ello, que los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles siguen siendo seguros y líquidos simultáneamente, ya que existen mecanismos de salvaguardia frente a las eventuales asimetrías informativas marginales, que lo permiten. El nivel de desinformación es escaso y las características del grupo –su aún reducido tamaño– permiten que los derechos sigan siendo, simultáneamente, seguros y líquidos, comenzando a surgir los *trade off* entre ambas exigencias tan sólo en el margen.

Los problemas comienzan a surgir cuando el tamaño del grupo, las interconexiones entre los grupos y el número de transacciones aumentan hasta tal punto que se llega a un entorno de contratación impersonal, caracterizada por el desconocimiento ó información insuficiente- y, por lo tanto, por la incertidumbre sobre aquellos extremos necesarios para contratar y que, en un entorno de contratación personal, son de conocimiento general y, precisamente por ello, no surge *trade off* alguno entre las exigencias de seguridad, por un lado, y de liquidez, por otro, de los derechos de propiedad.

Ahora bien, en la medida en la que aumenta el tamaño de las sociedades y el tamaño de los mercados, es decir, en la medida en la que aumentan los intercambios y éstos son cada vez más impersonales, la sociedad se va configurando como un *nexo de contratos* impersonales e interdependientes entre sí. El conocimiento de dichas transacciones y la configuración de los *iura in rem* inmobiliarios ya no están difundidos ni se hallan gravados en la memoria individual de cada uno de los miembros de la sociedad. Sencillamente, ya no es posible.

La información de cada individuo es, por ello, cada vez más incompleta sobre los atributos jurídica y económicamente decisivos desde una perspectiva contractual, tales como la identidad de los dueños y demás titulares de derechos reales sobre bienes inmuebles, o sobre las condiciones impuestas contractualmente a los dueños vigentes en sus contratos de adquisición, de tal naturaleza que pueden repercutir sobre posteriores adquirentes.

5.2.2.2.-Los riesgos de la información incompleta.

Todo ello supone un aumento de las incertidumbres que deben ser despejadas para poder contratar, pues tales incertidumbres suponen un obstáculo decisivo para que propiedad y contrato puedan cumplir una de las funciones que les son propias: la

reasignación eficiente de recursos⁶³. Ello exige vencer dichos obstáculos para poder franquear el camino a la contratación.

Las incertidumbres son de diferente naturaleza y el grado de dificultad para vencerlas varía según la misma. Las incertidumbres, además, son distintas para vendedor y comprador⁶⁴.

Para el vendedor, las incertidumbres fundamentales residen en el precio, así como en la probabilidad de que el comprador cumpla con lo acordado, especialmente en el supuesto de que su contraprestación sea de ejecución diferida.

Para el comprador, el valor del inmueble, expresado en el precio que está dispuesto a pagar por el mismo, está en función de los atributos que se transmiten con la venta. Ciertos atributos del bien pueden ser fácilmente medidos por el comprador: por ejemplo, en el caso de que desee contratar la adquisición de una casa, puede comprobar fácilmente sus dimensiones físicas, si la zona está bien urbanizada o no, si está próxima o no a su lugar de trabajo, si es ruidosa, etc; otros atributos, son más difíciles de comprobar, como, por ejemplo, si tiene vicios de construcción.

Otras incertidumbres difíciles de despejar, en lo que al objeto de este estudio se refiere, son si el vendedor es el titular o cuáles las cargas preferentes en el caso de existir. Todas estas incertidumbres no pueden ser despejadas por el comprador por sí solo porque dependen de la existencia y contenido de contratos anteriores referentes al mismo inmueble, de que el transmitente haya cumplido o no sus obligaciones con la Administración o con otras personas con las que haya contratado, etc. Es decir, son incertidumbres derivadas de la conexión intercontractual, esto es, de las conexiones *inter tertios* derivadas de las conexiones intercontractuales subjetivas referentes al mismo bien. Por ello, no pueden ser despejadas por el comprador por sí solo. Despejar tal tipo de incertidumbres requiere una intervención de terceros, y, si se quieren despejar, sin afectar a la liquidez de los derechos, una intervención del Estado, no solamente normativa, sino también institucional, como expondré posteriormente. Sin esta última, tales incertidumbres podrán ser minimizadas pero no despejadas.

No se trata solo de que el transmitente intente engañar al adquirente haciéndose pasar por dueño sin serlo –fraude de identidad–, sino de supuestos que no necesariamente implican fraude, como, por ejemplo, que no haya cumplido satisfactoriamente para quien le transmitió las condiciones a las que se comprometió en el contrato de adquisición, y aquel vendedor pretenda resolver el contrato, lo cual puede afectar a quien pretende adquirir ahora. Ello hace que el contrato no sea ya una isla habitada solamente por las partes y por el bien, sino una realidad permeable que puede influir en contratos posteriores y, a su vez, verse influenciada por contratos anteriores o conexos.

⁶³ El *ius disponendi* y la libertad de transferencia no solamente sirven a la eficiente asignación de recursos, sino también para estimular la realización de inversiones con un horizonte temporal amplio. En efecto, el dueño se siente más motivado a realizar inversiones a largo plazo si sabe que puede transferir el recurso si así lo desea.

⁶⁴ Vease North D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, pp.: 85-87. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Todo esto configura una realidad compleja que proyecta múltiples incertidumbres sobre el contrato, las cuales pueden determinar la volatilidad del derecho que se cree haber adquirido; en concreto, para el adquirente de un bien inmueble, si está adquiriendo lo que desea adquirir y , además, de un modo irrevocable, salvo por causas imputables únicamente a él mismo, o a otros pero conocidas por él.

En la medida en la que el sistema institucional consiga blindar –*insularizar*– la adquisición derivada del contrato frente a ese tipo de incertidumbres, derivadas de la conexión intercontractual imprescindible para la concatenación de titularidades, sin vulnerar derechos ajenos o sin imponerles unos costes de protección más elevados, aumentará el valor de los bienes y facilitará la contratación.⁶⁵

En un contexto de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas –en torno a v.gr.: identidad de los titulares–, sin embargo,, ciertas medidas de defensa características del derecho del propietario , v.gr.:frente a quien ha ejercido su *ius disponendi* sin su consentimiento –usualmente, la acción reivindicatoria–, abusando de la buena fe de un potencial adquirente, dificultan la liquidez del derecho. Inversamente, si se pretende facilitar tal liquidez, protegiendo al adquirente de buena fe sin mayores cautelas, por ejemplo, se merma la seguridad del propietario.

6.-La pervivencia de la regla de reivindicabilidad ilimitada como factor causal del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal.

Si la posibilidad de *vindicatio* es una característica consustancial con el derecho de propiedad, y, por *vindicatio* se entiende la protección del *ius disponendi* del *dominus* mediante una regla de propiedad, hay que considerar que tal característica, en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas, genera, inevitablemente, una *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad, especialmente en el ámbito inmobiliario.

En efecto, la configuración *ilimitada* de la acción reivindicatoria, característica del Derecho Común, sin considerar sus repercusiones sobre la circulabilidad del derecho en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas acerca de la identidad de los titulares de derechos sobre los bienes, hace que surja, necesariamente, un *trade off* entre lo que denominaremos *seguridad* y *liquidez* de los derechos de propiedad sobre los bienes . Para comprender esta afirmación en todo su alcance, es necesario tener en cuenta lo siguiente

Por *seguridad jurídica* del derecho, entiendo la concurrencia de dos certezas en quien cree ser titular del mismo :(1) la certeza de que no puede ser privado del derecho

⁶⁵ Por blindaje, hemos de entender la evitación de que puedan afectar al adquirente consecuencias derivadas de la conexión intercontractual con terceros a través del contrato perfeccionado con su *tradens* y que él no pudo conocer conforme a las reglas de la buena fe. Este es el mundo propio del Derecho de la seguridad del tráfico, articulado en el ámbito inmobiliario mediante las propiedades normativas de la inscripción de un Registro de derechos. Trata de que la interdependencia contractual genere las menores incertidumbres jurídicas posibles.

que cree haber adquirido –pues esa es la vía ordinaria para ser propietario, la derivativa- por circunstancias que no conoció ni pudo conocer, conforme a las exigencias de la buena fe, que exige ausencia de dolo o de culpa grave, en el momento de la adquisición, y (2) la certeza de que nadie puede disponer del derecho así adquirido sin su consentimiento y de que, si dispone, puede reivindicarlo de quien lo posea, aun cuando sea un tercer poseedor a título oneroso y de buena fe.

En materia de seguridad de los derechos, el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de contratación impersonal imposibilita la seguridad así definida, pues hace que ambas certezas sean incompatibles, debido a que siempre existe la posibilidad de haber adquirido a título oneroso y de buena fe de persona distinta del denominado *verus dominus*. Por lo tanto, la seguridad jurídica, así entendida, no es posible

Por *liquidez* del derecho entiendo facilidad del potencial adquirente de despejar las incertidumbres que le embarguen en torno a los atributos económicamente relevantes del derecho que desea adquirir; en nuestro caso, titularidad del derecho y cargas preferentes que pudieran existir. Pero es difícil conseguir la liquidez de un derecho si, a pesar de haber adquirido conforme a las exigencias de la buena fe, el denominado *verus dominus* puede reivindicar su derecho.

En materia de liquidez de los derechos, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de contratación impersonal, genera un *trade off* entre seguridad y liquidez debido a las asimetrías informativas existentes, pero no en un entorno de contratación personal o entre conocidos, carente de tales asimetrías.

Por tanto, el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de contratación impersonal dificulta la seguridad de los derechos y, además, genera un *trade off* entre la seguridad y la liquidez de los mismos.

Las disfunciones comienzan a sentirse cuando un mecanismo de protección del *ius disponendi*, cual es la acción reivindicatoria, surgido en un entorno de contratación personal, y, por tanto, con información completa –o, en su caso, incompleta solo en el margen- sobre la identidad de los titulares de los *iura in rem* sobre bienes inmuebles y sobre la extensión de los mismos, se mantiene en un entorno de contratación impersonal, y, por tanto, con información incompleta sobre esos atributos del derecho que se desea adquirir.

Como consecuencia de lo expuesto, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de asimetrías informativas, propio de la contratación impersonal, provocará, en primer lugar, que los derechos adquiridos nunca puedan considerarse seguros y, en segundo lugar, que las medidas que se adopten para incrementar la seguridad de los derechos, lo consigan, en su caso, a costa de disminuir su liquidez; inversamente, las medidas que se adopten para incrementar la liquidez, lo conseguirán, en su caso, a costa de disminuir su seguridad.

Si se mantiene la *reivindicabilidad ilimitada*, la intervención del Estado –incluida, en su caso, la institucional- sólo puede conseguir, en el mejor de los casos, disminuir o paliar la virulencia del *trade off* -mediante la introducción, por ejemplo, de un registro de documentos en el caso de los bienes inmuebles-.

Ello no quiere decir, sin embargo, que el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada en tal entorno haga que la interacción entre la seguridad y la liquidez de los derechos de propiedad haya de ser necesariamente un juego de suma negativa o, en el mejor de los casos, de suma cero. Puede dar lugar también a un juego de suma positiva: puede incrementar la seguridad del derecho –lo que aumenta su valor-, disminuyendo inevitablemente la liquidez del mismo –lo que disminuye su valor-, pero de modo que el aumento de valor del derecho generado por el incremento de su seguridad sea mayor que la pérdida de valor derivada de la disminución de su liquidez, lo que arrojaría un saldo neto positivo, que es la característica específica de los juegos de suma positiva.

Si, por el contrario, se suprime la *reivindicabilidad ilimitada*, aumenta la liquidez de los derechos, pero a costa de disminuir la seguridad jurídica del propietario. En este caso, sin embargo, a diferencia de lo que sucede si se mantiene dicha reivindicabilidad, como veremos, la intervención institucional del Estado puede instrumentarse de manera que, por un lado, robustezca la seguridad jurídica del derecho, y, por otro, permita la superación *del trade off* entre seguridad y liquidez y que, por tanto, el aumento de la liquidez de los derechos no suponga una disminución de su seguridad, e, incluso, que conlleve un aumento de la misma.

7.- La necesidad de intervención del Estado para la existencia del derecho de propiedad y para la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez del mismo en un entorno de contratación impersonal. Su fundamento.

7.1.- Planteamiento.

La intervención del Estado no solamente es necesaria para la superación del citado *trade off*, sino para que haya propiedad en sentido jurídico. Sin Estado puede haber posesión, pero no propiedad. A diferencia de la posesión, el concepto de propiedad exige una autoridad pública de cierto tipo. Por propiedad entiendo, a estos efectos, el derecho del *dominus*, reconocido formalmente por la autoridad pública, a explotar los activos excluyendo a todos los demás y a venderlos o a disponer de ellos en la forma que considere conveniente⁶⁶. Desde el final del antiguo régimen, esa autoridad pública es el Estado⁶⁷.

⁶⁶ En este sentido Pipes R. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Turner. Fondo de Cultura Económica, pág. 19. México, 1999. Sin dicho reconocimiento formal puede haber posesión –incluso pública y pacífica- o propiedad en sentido económico, pero no propiedad en sentido jurídico. Una situación intermedia se plantea cuando el Estado se limita a definir las reglas que es necesario cumplir para ser reconocido como propietario en caso de conflicto, y se generan situaciones posesorias bajo el supuesto de que el poseedor ha cumplido esas reglas y, por lo tanto, en caso de conflicto, sería reconocido como propietario por el Estado. En estos casos, se podría hablar de propiedad aparente, propiedad contractual o negocial, propiedad presunta, incluso de propiedad en un sentido económico, pero no de derecho de propiedad en sentido estricto pues ésta, de acuerdo con la formulación expuesta, requiere un reconocimiento formal por parte del Estado. La razón estriba en que, sin dicho reconocimiento formal, en caso de conflicto, no está garantizada la protección del derecho mediante una regla de propiedad, sino tan sólo mediante una regla de responsabilidad.

⁶⁷ Nogueroles Peiró N., *La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad*, en *Teoría y Derecho*, núm.: 5, 2009.

7.2.-Fundamento de la necesidad de intervención del Estado para la existencia del derecho de propiedad.⁶⁸ Las economías de escala en la protección del mismo.

En un contexto de escasez de los recursos necesarios para sobrevivir, cada individuo atesora y posee los bienes que puede defender frente a los intentos de los demás por apropiárselos. Y los posee tan solo en la medida y por el tiempo en que sea capaz de defenderlos.⁶⁹

Ninguna de estas situaciones son situaciones de *propiedad* según nuestra concepción: son meras situaciones *de facto* que se mantienen mientras perduran las relaciones de poder de las que surgieron. Cada uno aplica *su propia ley* en la medida en la que puede imponerla a los demás, pero no existe *una ley común* que se imponga a todos.

En tal situación, la lucha por la apropiación de bienes escasos derivada de la ley de la supervivencia genera una situación de *conflicto* entre individuos y grupos. Frente a la situación de *controversia* o de *competencia*, la de *conflicto* se caracteriza porque carece de reglas⁷⁰.

En situación de conflicto no hay propiedad, sino tan sólo *apropiación* o *detentación*, caracterizada por la incertidumbre sobre su perdurabilidad, porque, a diferencia de lo que sucede con la propiedad, el detentador, al igual que adquiere sus posesiones mediante un acto de fuerza, puede ser privado de las mismas mediante otro acto de fuerza. Del mismo modo que, en su momento, no solicitó ningún consentimiento para apropiarse de los bienes, nadie solicitará su consentimiento para privarle de ellos.

⁶⁸ Las ideas que se exponen a continuación, así como otras conexas, se exponen más ampliamente en Méndez González F.P. *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI, núm. 708, julio-agosto 2008, pp 1501 ss.

⁶⁹ Es esta necesidad de explotación y defensa de los recursos necesarios para sobrevivir la que determina que los individuos se agrupen para disminuir riesgos, estableciendo mecanismos de defensa *ad extra* y de distribución *ad intra* de los recursos escasos. Quien más aporta a la defensa común – el jefe- es quien más se apropia y quien decide, en gran medida, cómo se distribuye el resto entre los demás, de forma desigual para garantizarse lealtades, pero no excesivamente para evitar que se organicen coaliciones que le sean adversas.

⁷⁰ Véase Díez- Picazo L. *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*. Citando a Merryll –*Introducción a la Sociología*, Madrid, 1967, pag- 40- distingue entre competencia y conflicto. El conflicto es una competencia desarrollada con olvido de las reglas, en la que los contendientes buscan el perjuicio del otro o incluso su destrucción. Según Díez-Picazo, si así fuera, podríamos considerar como beneficiosos socialmente determinados niveles de competencia y perjudicial la transformación de la competencia en conflicto

Esta situación ha sido definida por algunos autores como *derechos de propiedad en sentido económico o derechos económicos*⁷¹ en contraposición a los *derechos de propiedad en sentido jurídico*, a los que posteriormente me referiré. Estos derechos de propiedad en sentido económico son inestables: valen lo que vale la confianza que despierte su detentador –o líder- en cuanto a su capacidad de vencer cualquier desafío que se le presente; su estabilidad se halla en función de los esfuerzos directos de protección desplegados por sus detentadores, de los intentos de apropiación de otros y, ocasionalmente, de la protección no gubernamental que puedan obtener, formal o informalmente⁷².

No obstante, probablemente, los derechos de propiedad privada sobre la tierra comenzaron a surgir de esta forma: cuando los individuos protegieron las áreas de tierra que deseaban mediante el uso de la fuerza, o apropiándose de las tierras detentadas por otros, también mediante el uso de la fuerza, o de la negociación, en su caso, cuando los costes de hacerlo eran inferiores a los beneficios esperados.⁷³

La defensa individual y personal de los bienes detentados es muy costosa, tanto que no está al alcance de la mayoría de los individuos ni sería rentable en relación a la mayor parte de los bienes, por lo que se impone la asociación entre detentadores o entre individuos que deseen detentar, ya que permite conseguir grandes economías de escala en los necesarios servicios de protección, lo que hizo conveniente la creación de alguna forma de Gobierno para salvaguardar los derechos de propiedad privada una vez que habían sido más o menos establecidos, esto es, una vez que se habían estabilizado porque se había conseguido un cierto *consenso* sobre las apropiaciones efectuadas y el aprovechamiento de los recursos.

Como argumentan North y Thomas,⁷⁴ aunque, ciertamente, ciertos grupos voluntarios pueden proteger derechos de propiedad en una escala reducida, resulta casi inimaginable que se pueda obligar a que sean respetados de forma general sin la autoridad del Gobierno.

En efecto, desde que el nomadismo dejó paso a los asentamientos agrícolas, el hombre encontró dos maneras de adquirir bienes y servicios: podía producirlos o podía robarlos a los demás.

Ante la amenaza de los bandoleros, la respuesta de los productores de bienes y servicios fué invertir en defensa militar. Pero la construcción de fortalezas y el aislamiento de soldados hizo surgir inmediatamente el problema del *free rider*. Como

⁷¹ Entre otros, Alchian, A. *Some Economics of Property Rights*, "Il Politico" 30, nº 4, 1965-816-29. Reimpreso posteriormente en Alchian A, *Economic Forces at Work, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1977*. Barzel Y. *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, pp. 3-4, Cambridge University Press, 200

⁷² Barzel Y. op. cit. pág. 4.

⁷³ Vease Dnes A. W. *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Thomson-SouthWestern, Canada, 2005, pág. 16. La necesidad de exclusión surge cuando hay escasez de recursos y mucha demanda –población-, lo cual genera competencia. Se cree que esto ocurre, en el caso d economías predominantemente agrícolas, cuando la densidad de la población rural llega a la cifra de unas 75 a 150 personas por kilómetro cuadrado, lo que indica que existe un cultivo intensivo. Pipes R. En op. cit. págs.: 115-116.

⁷⁴ North D.C Thomas R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*.Ed. siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 14.

realmente resultaba difícil establecer fortalezas y tropas para proteger a algunos vecinos sin protegerlos a todos, si las contribuciones se establecían sobre una base voluntaria, todos encontrarían más ventajoso dejar que pagase el vecino.

Así pues, la defensa como caso clásico de un *bien público*⁷⁵, implicaba el problema de excluir de los beneficios a terceros que no pagaban por ellos. Dadas las ventajas de las economías de escala, la solución más eficaz fue y continua siendo, la creación de una autoridad gubernamental y la contribución obligatoria por parte de todos los beneficiarios.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarraría y la supervivencia estaría al alcance de un menor número.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergiría enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia⁷⁶.

Así pues, conforme a lo expuesto, la propiedad privada no habría surgido tanto como una “*creación de la ley*” –en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad civil exógena-, cuanto como una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés⁷⁷, que requeriría para su desarrollo la existencia de una autoridad pública, singularmente el Estado.

En este contexto general se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que ningún derecho puede existir, a menos que exista un consenso en el grupo al respecto⁷⁸.

De acuerdo con este enfoque, el origen de la propiedad en sus diversas formas no sería un fenómeno originariamente gubernamental sino, más bien, un fenómeno de origen social y posterior sanción gubernamental. Ulteriormente, la institución de la propiedad se habría ido modulando lentamente a través del tiempo mediante un proceso

⁷⁵ Como es sabido, un bien público es aquel de cuyo disfrute, una vez producido, nadie puede quedar excluido. Por ejemplo, si protegemos un pueblo, no podemos evitar proteger a todos sus habitantes. Conscientes de ello, todos los vecinos tendrán un incentivo para evitar pagar por la defensa del pueblo. Esta situación se conoce como el problema del *free rider*.

⁷⁶ Véase Demsetz H. *Hacia una teoría general de los derechos de propiedad*, en Información Comercial Española, 1980, pp 59-66. También Alchian A.A y Demsetz H., *El paradigma de los derechos de apropiación*, en Hacienda Pública Española nº 68, 1981, pp. 318-324 y Alchian A.A., *Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad*, Hacienda Pública Española, nº 68, 1981, pp. 325-334. También Dnes A.W op. cit pág. 16.

⁷⁷ Sugden, R. *Spontaneous Order* en Journal of Economic Perspectives 3, nº4, 1989, pp.85-97.

⁷⁸ Frank. R.H., “*Melding Sociology and Economics: Janes Coleman’s Foundations of Social Theory*”, en Journal of Economic Literature, 30, 1992, págs. 147-170.

en el cual el Estado ha intentado clarificarlo y regularlo. Bajo el Estado, los derechos de propiedad serían, pues, convenciones sociales respaldadas por el propio Estado.

La moderna propiedad privada se concibe, de este modo, como una función del Estado moderno⁷⁹, concebido, a su vez, como tercera parte independiente⁸⁰, dotada del monopolio del uso legítimo de la violencia, para la defensa de los derechos que él mismo reconoce⁸¹. A él corresponde el reconocimiento del derecho como tal en

⁷⁹ Para un análisis detallado de esta cuestión, véase Méndez González F.P, *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI núm.: 708 (Julio-Agosto 2008), especialmente pp.: 1505-1523. Según North y Thomas, el Estado es ante todo un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos. North D.C. y Thomas R. P. *El nacimiento el mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI-Madrid, 1990, pp.: 157-160. En esta misma línea, Olson afirma que no hay propiedad privada sin Estado, aunque sí puede haber Estado sin propiedad. Véase Olson, M, *Poder y Prosperidad. La supresión de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231. Ello no quiere decir que la propiedad privada sea una creación de la ley – en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad exógena- cuanto una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés, el cual requeriría para su desarrollo una autoridad pública, singularmente el Estado. En este contexto general, se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que no puede existir ningún derecho, al menos que exista un consenso en el grupo al respecto. De acuerdo con este enfoque, el origen de la propiedad en sus distintas formas no sería un fenómeno originariamente gubernamental, sino, más bien, un fenómeno de origen social y de posterior sanción gubernamental. Ulteriormente, la institución de la propiedad se habría ido moldeando lentamente a través del tiempo mediante un proceso en el cual el Estado ha ido intentando clarificarlo y regularlo. Bajo el Estado, los derechos de propiedad serían, pues, convenciones sociales respaldadas por el propio Estado. Véase Sugden R., *Spontaneous Order*, en *Journal of Economic Perspectives*, 3, núm.: 4, 1989, pp.:85-97. Asimismo Frank R.H., *Melding Sociology and Economics: Jane's Coleman Foundations of Social Theory*, en *Journal of Economic Literature*, 30, 1992, pp.:147-170.

⁸⁰ Es difícil, sin embargo, que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes y se comporte como un tercero imparcial. Existe el riesgo claro de que se convierta en un Estado depredador que use su poder no para fomentar el crecimiento económico sino para el beneficio de quienes lo dirigen a costa de asfixiar las posibilidades de crecimiento. Para evitarlo, se requiere la presencia de instituciones que controlen efectivamente a quienes dirigen el Estado. Ese es el sentido de Estado de Derecho. Véase North D.C y Thomas R.P., op. cit. especialmente capítulo 8 y North D.C, en *Estructure and Change in Economic History*, New York, W.W Norton, 1981, especialmente el capítulo 3 "A Neoclassical Theory of the State". Véase, asimismo, North. D.C. *Understanding The Process of Economic Change*, Ed.: Princeton University Press, 2005. North D.C. Wallis J.J. y Weingast B.R. *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, 2009. En este último trabajo argumentan que la lógica del control de la violencia en las *open access societies* - que corresponden en líneas generales a los estados de Derecho-, incluye tres elementos: 1) La organización consolidada de las fuerzas militares y de policía debe estar sujeta al control del sistema político; 2) el sistema político debe estar constreñido por un conjunto de instituciones y de incentivos que limiten el uso ilegítimo de la violencia, y 3) para que una facción política o partido permanezca en el poder debe contar con el apoyo de los intereses económicos y sociales ampliamente definidos. (op. cit. pp.: 21-22).

⁸¹ Es ésta una idea general dentro de la economía neo-institucional. Además de las referencias de North D.C. ya citadas, reviste especial interés Barzel Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002. Para Barzel el surgimiento – por razones de economía de escala- de una *force- using protector* común a dos o más individuos, junto con el mecanismo de enforcement que él crea, constituye el fundamento de los *legal rights* (pág. 165). Una visión ligeramente distinta puede encontrarse en Eggertsson T., *Open Access versus Common Property*, pp.: 73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, Anderson T.L &

abstracto, el establecimiento de las reglas de adquisición del mismo, y la protección de los propietarios que hayan llegado a serlo de conformidad con las mismas. En otros términos, le corresponde no sólo el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada en abstracto, sino también la protección concreta de quienes hayan llegado a adquirirlo conforme a las reglas establecidas.⁸²

La razón de que el Estado tenga el monopolio de la protección en última instancia –*the organization of enforcers*⁸³–hay que buscarlas en las economías de escala: cuanto mayor es el número de clientes de un protector, menor es el coste de la protección, por lo que el número óptimo de protectores es igual a uno⁸⁴. Ello, como

McChesney F.S (ed), Princeton University Press, 2003. Véase también Alston L. J y Mueller B., *Property Rights and The State*, en *Handbook of New Institutional Economics*, Ménard C. y Shirley M.M. pp.: 573-590., Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008.

⁸² Por “protección de los propietarios” no hay que entender la protección de los propietarios como clase social, sino la protección del sistema de “*property rights*” que implica la protección de quienes hayan adquirido recursos escasos conforme a las reglas establecidas o reconocidas por el Estado. Cuanto mayor sea el alcance de la intervención del Estado en la definición y protección de estos derechos y más facilite su transferencia, mayor número de propietarios habrá, pues menores serán sus costes de protección. Barzel Y. op. cit., pág. 32. Entre nosotros, esta idea ya fue resaltada por Peña, en relación a los bienes inmuebles, el cual afirmaba: “El Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito, y, sobre todo el crédito territorial; ha contribuido, así, al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la seguridad de la adquisición de pisos y locales a plazos). Peña Bernaldo de Quirós M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario. T. II*, pág. 439. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

⁸³ Esta definición del Estado como *the organization of enforcers* es utilizada por North D.C, Wallis J.J. y Weingast B.R. en op. cit., pág.17, para referirse al Estado. Según estos autores, cuanto mayor sea el tamaño de una sociedad, mayor es el conjunto de *enforcers* que debe ser organizado. Teóricamente, sobre este punto, los argumentos pueden seguir dos caminos: el Estado puede ser tratado como un actor singular o como una organización de organizaciones. La mayor parte de los científicos sociales lo consideran como “*the organization of the enforcers*”, tratándolo como una entidad singular que actúa de reguladora, ostentando el monopolio del uso legítimo de la violencia. Como observan estos autores, este planteamiento, si bien simplifica el análisis, omite cómo la dinámica interna de las relaciones entre la élite afecta al modo como el Estado interactúa con toda la sociedad.

⁸⁴ Véase Barzel Y. en op. cit. pág. 46. Por otro lado, como ponen de manifiesto Anderson T. L. y McChesney, hay al menos tres razones por las cuales los individuos atribuyen a un agente único –el Estado– el monopolio del uso legítimo de la violencia (op. cit. pág.: 196):

1.-Un agente independiente con un poder de coerción sancionado colectivamente puede servir de salvaguarda contra los problemas del dilema del prisionero inherentes a los acuerdos privados. En el dilema del prisionero, una parte de un acuerdo pueda ganar rompiéndolo si la otra parte permanece en él, y viceversa. P. ej.: A y B acuerdan limitar el uso de un recurso de acceso abierto. Si A respeta el acuerdo, B puede ganar expandiendo su uso. Dado que ambas partes tienen un incentivo para romper el acuerdo, éste puede ser roto, y de este modo, se reproduciría la tragedia de los bienes comunes. Recurrir a una “*third party enforcer*” con el poder de forzar a las partes a permanecer en el acuerdo o de castigar a los incumplidores provee un potencial de ganancias netas suficientes como para organizar un Gobierno.

2.-Relacionado con los problemas del dilema del prisionero, la acción colectiva puede hacer surgir el problema del “*free-rider*” en relación con los pagos necesarios por protección contra las fuerzas exteriores. Es un problema que afecta, en general, a los bienes públicos no exclusivos. La protección de la propiedad frente a las amenazas exteriores, especialmente las relacionadas con las fronteras nacionales, no escapa del problema del “*free-rider*” porque es difícil proteger a un individuo sin proteger a los demás. La capacidad para resolver el problema del *free-rider* suministra otra justificación económica para obligar coercitivamente a que todos los beneficiarios paguen.

veremos, permite organizar la protección del derecho de propiedad, en consideración a su *función*,⁸⁵ de un modo particularmente eficaz, tanto en lo referente al aprovechamiento del bien, como a la facultad de disponer del mismo, facilitando su circulación –*liquidez*- sin merma de la *seguridad* del propietario.

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada –especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles- se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto que, como ha afirmado North, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad⁸⁶.

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado Olson, no hay propiedad privada sin gobierno⁸⁷. Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad privada, pero no propiedad privada sin Estado. Como he expuesto, ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, harían inviables tales derechos para la mayor parte de los bienes.

El ahorro posibilitado por las economías de escala es el que posibilita que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad, se haga extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

3.-A menudo, la acción colectiva puede defender el derecho de propiedad más eficientemente mediante el uso de la fuerza. En muchas situaciones hay economías de escala en el uso de la fuerza. Así, un ejército puede defender mejor un territorio que un número de individuos desorganizados. En este sentido, la atribución al Estado del monopolio del uso legítimo de la violencia se configura como un monopolio natural.

⁸⁵ Afirma De Soto que no sabemos encontrar el proceso clave que permite convertir el potencial económico de un inmueble en capital. Eso se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En Occidente estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como mecanismos entrelazados para la fijación del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital. De Soto H. *El misterio del capital*, pág. 65. Ed.: Península, Barcelona, 2001.

La función de la propiedad es, en efecto, una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al fomentar las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente. Esa es, precisamente, la función de la propiedad privada y en esa función muestra ser más eficiente –en general- que otras formas alternativas de explotación de los recursos (*commons resources, open access fields, etc*).

Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio –esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*- se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

⁸⁶ North D. C. *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Ed.: Madrid, 1994, p. 22.

⁸⁷ Olson M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que limite los derechos de propiedad y asfixie la economía, como demuestran los análisis históricos de North y Thomas y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por North⁸⁸.

Llegados a este punto, ya podemos afirmar que los *derechos de propiedad*, en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno.⁸⁹ El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos. En este sentido, Posner define los derechos de propiedad como “*derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos*”⁹⁰. Este es el sentido general que daré a esta expresión a lo largo de este trabajo.

7.3.-Fundamento de la necesidad de la intervención del Estado para la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad

7.3.1.-Planteamiento

De todo lo expuesto se deduce que el Estado resulta omnipresente en materia de derechos de propiedad. Por ello, su intervención resulta inevitable para superar el *trade off* entre la seguridad y liquidez de los mismos en una sociedad impersonal, cuya superación –o, al menos, cuyo debilitamiento– es necesaria para que los derechos de propiedad puedan cumplir su función.

⁸⁸ Véase North D.C y Thomas R. P op. cit, especialmente capítulo 8 y North D.C, *Estructure and Change in Economic History*. Nueva York W.W Norton, 1981. Especialmente el capítulo 3 :“*A Neoclassical Theory of the State*”. El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder de dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

⁸⁹ Barzel Y. op. cit pág. 4.

⁹⁰ Posner R. *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37. Traducción de la obra original *Economics Analysis of Law*. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 2ª.Ed. 1977. En las páginas que siguen utilizaré indistintamente la expresión *derechos reales*, que en español suele excluir el derecho de propiedad en sentido estricto y referirse únicamente a los derechos reales limitados que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio- y la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad, tal y como suelen definirlo los Códigos Civiles, sino también los derechos reales limitados.

7.3.2.-La superación del *trade off* en el ámbito mobiliario. La suficiencia de la intervención normativa.

En el ámbito de los bienes muebles tradicionales, por ejemplo, y, especialmente, de las mercaderías, la consecución de dicho objetivo es relativamente sencilla: basta con la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* para los actos de tráfico – actos entre personas materialmente distintas- realizados a título oneroso y de buena fe, especialmente cuando se ha adquirido de un comerciante. Tal derogación fundamentada en la atribución a la posesión de una especial función legitimadora.

En efecto, tal intervención normativa, por un lado, aumenta la circulabilidad de los bienes muebles, pero, por otro, no incrementa *de facto* los riesgos de pérdida del derecho para el dueño, pues la facilidad con la que los bienes muebles pueden ser ocultados y destruidos, unida a la frecuente carencia de pruebas documentales de las transacciones con los mismos, los hace, de hecho, irreivindicables en buen número de supuestos.

Además, las probabilidades de que haya *iura in rem* concurrentes sobre un mismo mueble son escasas, sobre todo de que haya derechos reales limitados sobre cosa mueble ajena, pues los derechos reales en cosa ajena son un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario, por lo que, tratándose de bienes muebles tradicionales, normalmente el poseedor es el dueño, lo que permite sentar el principio de que, tratándose de bienes muebles tradicionales, la posesión de buena fe equivale al título, dotándolo de una especial eficacia cuando se ha adquirido de un comerciante.

Esta fue la técnica utilizada por la *Lex Mercatoria* respecto de los bienes muebles⁹¹. La derogación de la regla de reivindicabilidad limitada para los actos de tráfico en los que el transmitente era un comerciante implicaba la introducción de la abstracción causal *inter tertios* como medio de superar las consecuencias negativas para el tráfico jurídico de mercancías de la concepción causal de la *traditio* y, en consecuencia, una inversión de las reglas de protección del derecho adquirido respecto de las establecidas por el Derecho común. En efecto, el denominado *versus dominus*, como consecuencia de la pérdida de la acción reivindicatoria, dejaba de estar protegido por una regla de propiedad para pasar a estarlo por una regla de responsabilidad frente a quien le había privado de su derecho, y, a su vez, el adquirente a título oneroso y de

⁹¹ La denominada *Lex Mercatoria* es un conjunto integrado de conceptos, reglas y procedimientos, desarrollado por los comerciantes en las postrimerías de la Edad Media para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de bienes muebles y mercaderías, desde fines del siglo XI hasta comienzos del siglo XIII, el cual incluía, entre otras, las siguientes características: 1.-La marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles. 2.-El reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles de derechos superiores a los del denominado *versus dominus*. Así, en los derechos alemán y francés, el derecho del comprador – de buena fe- de bienes muebles contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la doctrina queda limitada a las operaciones en el *open market*. En todo caso, para que la regla opere plenamente, es necesario haber adquirido de un comerciante. Véase Berman H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, págs. 355 ss. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1996. En el Derecho español, véanse los arts. 464 Código Civil,, arts. 85 y 324 del Código de Comercio, y 19 de la Ley Cambiaria y del Cheque, entre otros. Para un mayor desarrollo de esta idea, véase Méndez González F. P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 703, 2007, págs. 2059-2164.

buena fe de un comerciante, en el caso de que éste no fuese el *verus dominus*, pasaba a estarlo por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad frente al *verus dominus*. Tal intervención normativa, por un lado, aumentaba la liquidez de bienes muebles y mercaderías, y, por otro lado, no incrementaba, *de facto*, los riesgos de pérdida del derecho para el dueño, debido a las características concurrentes en los bienes muebles a las que acabo de referirme.

7.3.3. La superación del *trade off* en el ámbito inmobiliario. La necesidad de intervención directa –normativa e institucional-.

7.3.3.1.-Las características de los bienes inmuebles.

Sin embargo, tratándose de inmuebles, la cuestión se complica. En efecto, éstos no se pueden hacer desaparecer, lo que permite su reipersecutoriedad y, por lo tanto, su reivindicabilidad y, además, su propia naturaleza permite la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los mismos⁹² –de hecho, era lo usual en el antiguo régimen- no todos los cuales son visibles por no llevar aparejada posesión o porque la posesión que conllevan puede resultar engañosa como signo de propiedad, porque, además, no siempre lo es a título de dueño. Como observa Morales Moreno⁹³, el punto débil de la posesión como signo de propiedad –*publicidad posesoria* lo denomina él- es que no puede manifestar por sí misma los diversos derechos que pueden concurrir sobre la cosa, especialmente aquellos que no conllevan posesión necesariamente, como la propiedad, o no son susceptibles de ella, como la hipoteca. Como he expuesto, la posibilidad de concurrencia de tales *iura in rem* en un mismo bien es, además, un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario.

Considerando tales circunstancias, no se puede conceder a la posesión, en materia de derechos sobre la tierra, un papel tan relevante como en materia de derechos sobre bienes muebles. Si en éstos, propiedad y posesión son funcionalmente lo mismo y, por lo tanto, se puede organizar un sistema de circulación de mercaderías basado en la presunción de que el poseedor es el propietario –porque así suele ser en la realidad y porque, en los casos en que no lo es, el propietario difícilmente puede evitar que el poseedor se comporte como dueño -ya que, si lo hace, difícilmente se halla en condiciones de ejercitar con éxito la acción reivindicatoria-, sin embargo, no sucede lo mismo tratándose de bienes inmuebles.

Hasta tal punto es así que, como afirma Hattenhauer, el abandono del sistema causal en el Código alemán se debe a una razón muy práctica, y no solo a un intento de justificar la teoría savigniana de la *traditio* como verdadero contrato: los liberales tenían claro que el intercambio mercantil se había intensificado grandemente como consecuencia de la creciente industrialización, de modo que podía haberse dispuesto de una cosa sin llegar si quiera a verla. La cadena de los anteriores propietarios y poseedores se hacía, así, cada vez más intrincada por lo que resultaba de día en día

⁹²Sobre las características de los bienes inmuebles, véase Arruñada B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, págs. 46 ss. Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004.

⁹³ Morales Moreno M.A, en el *Prólogo* a la monografía de Jerez Delgado C, sobre *Tradición y Registro*, pág.:18, ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

menos adecuado el derecho del poseedor material momentáneo como signo distintivo de propiedad, por lo que en tal contexto, aceptar la doctrina del *titulus* hubiera originado problemas de prueba insolubles.⁹⁴

La tierra, además, no desaparece y, por lo tanto, los derechos de aprovechamiento sobre la misma son reiperseguibles. Adicionalmente, las transacciones sobre bienes raíces suelen estar documentadas. La conjunción de ambos factores facilita el ejercicio exitoso de la acción reivindicatoria. Por último, es más habitual la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los bienes raíces que sobre bienes muebles, especialmente mercaderías. Todo ello desaconseja dotar a la posesión de los mismos efectos que en el ámbito mobiliario.

La aplicación, también, a los derechos de propiedad sobre la tierra de la regla de la *reivindicabilidad limitada*, no puede fundamentarse, pues, en la concesión a la posesión inmobiliaria del mismo alcance jurídico que el conferido por la *Lex Mercatoria* a la posesión mobiliaria.

La regla de la reivindicabilidad limitada significa que en las relaciones *inter tertios* intermediadas por negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe quedan neutralizadas las consecuencias de la concepción causal de la *traditio*, las cuales quedan relegadas a las relaciones *inter partes*. La consecuencia es que, dadas estas condiciones, se produce una inversión de las reglas de protección del adquirente respecto del *verus dominus* en relación a las establecidas por el Derecho común. En consecuencia, el adquirente a título oneroso y de buena fe pasa a estar protegido, en relación al denominado *verus dominus* en el ámbito del Derecho común⁹⁵, por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en materia de bienes muebles y mercaderías, tal inversión sólo puede dar lugar a un juego de suma positiva de ganancia general si, al propio tiempo, se desarrolla la ingeniería jurídica precisa para que, a pesar de dicha inversión, no aumenten para el propietario los riesgos de pérdida de su derecho –en relación a los existentes en Derecho Común– y, si es posible, disminuyan los mismos, incluidos, en su caso, los costes de conservación. Ello es así porque las características de los bienes inmuebles a las que acabo de referirme impiden conferir a la posesión de los mismos una función legitimadora de alcance semejante a la posesión mobiliaria.

Así pues, las características específicas de los inmuebles hacen que la organización de un mercado inmobiliario presente dificultades notablemente mayores que la organización de un mercado mobiliario. En otros términos, la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos en el ámbito inmobiliario presenta

⁹⁴ Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, págs. 54-55, Barcelona 1987.

⁹⁵ La expresión *verus dominus*, de utilización profusa, hace referencia, en realidad a quien sería *verus dominus* conforme a las reglas del Derecho común. Este titular, sin embargo, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, instrumentado a través del Registro de derechos, normalmente no sería el titular real, sino un titular simplemente negocial, pues en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, para ser titular real o *verus dominus*, son necesarios más requisitos que en el ámbito del Derecho común, a cambio de disminuir los costes de conservación del derecho.

dificultades notablemente mayores que la superación del mismo en el ámbito mobiliario.

Tal superación demanda no solamente una intervención normativa –derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada, con todas sus consecuencias- sino, además, una intervención institucional dirigida a facilitar al mercado la identidad de la persona con poder de disposición sobre el derecho, así como los demás derechos limitados recayentes sobre el mismo inmueble, sin que ello incremente los riesgos del dueño, respecto de los existentes bajo las reglas del Derecho Común, con la finalidad de que la derogación de la regla reivindicabilidad limitada produzca los efectos deseados.

Por ello, solo la intervención directa del Estado en la protección del *ius disponendi*, concebido como una facultad del *dominus* cuya función es posibilitar la eficiente asignación de recursos, mediante la creación de reglas jurídicas y la generación de instituciones públicas adecuadas, permite que los derechos sean jurídicamente seguros y que, además, aumente su liquidez sin merma de la seguridad del propietario, cuando de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles se trata.

La superación del *trade off* significa que los derechos son, a la vez, más seguros y más líquidos, y, por lo tanto, más *valiosos*. El anclaje en el *trade off* significa, por el contrario, que las mejoras en seguridad se pagan en términos de liquidez y viceversa. Ello no impide un incremento del valor neto del derecho –como he argumentado anteriormente-, pero lo dificulta debido al lastre que supone la pervivencia del *trade off*.

La intervención del Estado requerida para la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez del derecho en el ámbito inmobiliario es directa, es decir, una *intervención normativa*, consistente en la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada para los actos de tráfico y, simultáneamente, una *intervención institucional*, consistente en la *publicación* del sistema de transmisión de derechos sobre bienes inmuebles, a fin de que la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en los términos expuestos, pueda cumplir su función específica : dotar de seguridad al propietario y , simultáneamente, suministrar a adquirentes y acreedores información completa sobre titularidad y cargas preferentes sin necesidad de tener que contar para ello con la colaboración del transmitente o de terceros privados para adquirir tal conocimiento.

7.3.3.2.-Intervención normativa: la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada, su sustitución por la abstracción causal *inter tertios* y la consiguiente inversión de las reglas de protección de la propiedad.

La intervención normativa del Estado consiste en la derogación, en materia inmobiliaria, de la regla de la reivindicabilidad ilimitada propia del Derecho común, de modo semejante a lo establecido por la *Lex Mercatoria* en las postrimerías de la Edad Media en relación a los bienes muebles y, especialmente, a las mercaderías adquiridas de un comerciante mediante un acto de tráfico, es decir, a título oneroso y de buena fe.

La regla de la reivindicabilidad limitada, como he expuesto, significa que en las relaciones *inter tertios* intermediadas por negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe quedan neutralizadas las consecuencias de la concepción causal de la *traditio*, las

cuales quedan relegadas a las relaciones *inter partes*. O lo que es lo mismo, significa la *abstracción causal inter tertios* La consecuencia es que, dadas estas condiciones, se produce una inversión de las reglas de protección del adquirente respecto del denominado *verus dominus* en relación a las establecidas por el Derecho común. En consecuencia, el adquirente a título oneroso y de buena fe pasa a estar protegido, en relación al *verus dominu*, por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad

En efecto, bajo la regla de la reivindicabilidad limitada, el *dominus* pierde uno de los atributos esenciales del dominio, especialmente del inmobiliario –la posibilidad de reivindicar de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe – a cambio de evitar la posibilidad de sufrir una acción reivindicatoria en el caso de no haber adquirido del denominado *verus dominus*, pese a haber adquirido a título oneroso y conforme a las reglas de la buena fe, riesgo siempre presente en un contexto de información escasa y asimétricamente distribuida acerca de las titularidades y cargas recayentes sobre los inmuebles que se desean adquirir.

Para que tal inversión de las reglas de protección produzca los resultados deseados –superar el *trade off* entre seguridad y liquidez del derecho, sin, al menos, disminuir la seguridad del mismo- es necesario arbitrar un sistema que suministre a los potenciales adquirentes un legitimado para disponer, por ser el dueño -o alguien autorizado por el mismo-, y, de no serlo, porque el *verus dominus* ha permitido que aparezca como tal quien no lo es.

La instrumentación de un sistema tal es necesario porque en materia inmobiliaria no puede atribuirse a la posesión el mismo alcance jurídico que en materia mobiliaria, debido a diversas razones entre las que destacan las características específicas de los bienes inmuebles, como analizaré posteriormente. Tal sistema debe, al propio tiempo, despejar las incertidumbres del tercer adquirente de buena fe sin aumentar los riesgos del propietario de verse privado de su derecho sin su voluntad.

Por esta razón, la intervención normativa del Estado, consistente en la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en materia inmobiliaria, con todas sus consecuencias, debe ser complementada con una intervención institucional dirigida a suministrar a los potenciales adquirentes la identidad de la persona o personas con poder de disposición, así como la extensión de los *iura in rem* recayentes sobre el inmueble lo que es imprescindible para que tal derogación pueda producir los resultados deseados, esto es, la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en el ámbito inmobiliario.

7.3.3.3-Intervención institucional: la *publicación* del sistema transmissivo inmobiliario mediante la introducción del Registro de derechos. La conversión de los inmuebles en “bienes de búsqueda”.

7.3.3.3.1.-Planteamiento general.

La intervención institucional del Estado complementaria de la intervención normativa descrita –derogación de la regla de *reivindicabilidad ilimitada* con todas sus

consecuencias- consiste, esencialmente, en la *publicación* del sistema transmisivo, mediante la introducción del Registro de derechos.

Soy consciente de las prevenciones que puede suscitar la utilización de un término de este tipo. Por ello, me parece necesario aclarar, de entrada, que *publicación del sistema transmisivo* no significa que el *ius disponendi* deje de pertenecer al *dominus* y, en ese sentido, deje de ser privado, para pasar a pertenecer al Estado, y, por tanto, pase a ser público, ni nada semejante.

La *publicación* del sistema de transmisión inmobiliaria que conlleva la introducción del Registro de derechos tiene dos significados complementarios.

7.3.3.2.-De la titularidad negocial a la titularidad registral

En primer lugar, significa la intervención activa del Estado en el proceso adquisitivo de bienes inmuebles dirigida a posibilitar la obtención de títulos de propiedad de eficacia universal sin necesidad de contención ni de usucapión.

En efecto, bajo la égida del Derecho Común, el Estado se limita a promulgar las reglas que es necesario seguir para llegar a ser propietario. Incluso cuando complementa tal esquema normativo con una intervención institucional –Registro de documentos-, ésta queda limitada a establecer determinadas exclusiones –*inoponibilidad*⁹⁶- o preferencias – el denominado “*efecto relativo*”⁹⁷ de la publicación en el sistema francés, por ejemplo- de determinados documentos en relación a otros cuando varias personas pretenden un mismo derecho de propiedad sobre el mismo inmueble.

Bajo la égida del Derecho común, en un contexto de contratación impersonal, los adquirentes nunca pueden estar seguros de haber cumplido las reglas necesarias para poder ser propietarios, especialmente, la de haber adquirido del *verus dominus*, debido a las asimetrías informativas existentes. El adquirente deberá guiarse por determinadas apariencias –por ejemplo, pública y pacífica posesión del transmitente, documentos exhibidos, consultas con vecinos, etc- , ninguna de las cuales es concluyente, para

⁹⁶ Descartada la no adquisición como sanción a la falta de publicación, caben otro tipo de sanciones, de entre las cuales destaca la conocida con el nombre de inoponibilidad –*inopposabilité*-. Esta sanción viene establecida en el art. 30 del Decreto-Ley de 4 de enero de 1955. Significa que el acto –o resolución- no publicado o publicado tardíamente, sin perjuicio de producir plenos efectos *inter contrahentes*, solo producirá plenos efectos frente a terceros desde la fecha de su publicación, que pasa a ser la relevante a estos efectos. Mientras tanto, tales terceros pueden desconocer la existencia de tal acto –o resolución-, pues, siendo la función fundamental de la publicidad registral, la de darles a conocer la existencia de tal acto o resolución, los mismos no han sido publicados y, por lo tanto, a sus efectos, es como si no existieran. En otros términos, la no publicación de un acto lo hace inoponible respecto al titular negocial que publica su título. Lo no publicado es inoponible a lo publicado. No todos los actos o resoluciones requieren, sin embargo, publicación para ser oponibles en los términos expuestos. Según la mayor parte de la doctrina, esta sería la función en España del art. 32 de la Ley Hipotecaria, lo cual es admisible en la medida en la que haya propiedad no inscrita, y solamente en relación a la misma. Si toda la propiedad estuviere inscrita, tal precepto carecería de significación práctica.

⁹⁷ Se trata de una regla equivalente a la de prioridad en los registros de documentos, introducida por el R.D de 4 de enero de 1955, si bien no juega en todos los casos, ni con la misma amplitud.

decidir si, a su juicio, el transmitente es *dominus* y, en consecuencia, si contrata con él. En el caso de hacerlo, el contrato solo produce efecto *inter partes*, y, por tanto, no vincula al *verus dominus* si no es el transmitente. No tiene la posibilidad de obtener un título con eficacia *erga omnes*⁹⁸...salvo la usucapión, cuyas exigencias son incompatibles con las exigencias del mercado. Incluso, en el caso de vencer en juicio a un tercero que reclame su derecho alegando un título distinto al alegado por el adquirente, la sentencia sólo produciría efectos *inter partes*, no *erga omnes*.

Bajo la égida del Derecho común no es posible, por tanto, obtener un título respaldado por el Estado de eficacia *erga omnes*, ni con ni sin contención, salvo la usucapión, cuyas exigencias son incompatibles con las necesidades del mercado.

La introducción de la regla de la reivindicabilidad limitada en el ámbito inmobiliario, instrumentada mediante el Registro de derechos, por el contrario, posibilita la obtención de un título de propiedad respaldado por el Estado de eficacia universal, cuando se impone a todos, incluido el transmitente, o cuasiuniversal en los casos en los que la inscripción no vincula al transmitente, el cual queda vinculado por el negocio traslativo; pero sí a todos los demás y, por tanto, también al denominado *verus dominus*, en el caso de no serlo el transmitente negocial.⁹⁹

La expedición de tal título de propiedad de eficacia universal o cuasi-universal requiere la concurrencia de dos requisitos: (a) uno *ex ante* –haber adquirido negocialmente de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción correspondiente y (b) otro *ex post* -obtener el reconocimiento por el Estado del derecho negocialmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, mediante la obtención, a su vez, de la correspondiente inscripción.

Suele exigirse que el negocio jurídico celebrado entre el titular reconocido por el Estado –titular inscrito- y quien aspira a ser reconocido como nuevo titular por el Estado tras la superación del procedimiento registral –*titular meramente negocial* hasta que eso ocurra- sea un acto de tráfico, a título oneroso y de buena fe para que opere la regla de la *reivindicabilidad limitada*, la cual, como sabemos, conlleva una consecuencia de largo alcance cual es la inversión de las reglas de protección del *ius disponendi*, en relación a las establecidas por el Derecho Común.

⁹⁸ Sería más correcto afirmar que, en realidad, no puede estar seguro de tener un título de eficacia universal. Para ello bastaría poder estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, lo cual no es posible...salvo usucapión, y, además, estar seguro de que no hay causas que puedan afectar a la conservación del derecho adquirido como consecuencia de las conexiones intercontractuales precedentes referentes al mismo bien, lo cual tampoco es posible en un contexto de contratación impersonal.

⁹⁹ Para que el título sea de eficacia universal –*erga omnes*- se requiere que el efecto fe pública registral opere también en las relaciones *inter partes* –*immediate indefeasibility*- y no solo en las relaciones *inter tertios* –*deferred indefeasibility*-. La primera modalidad es característica del sistema Torrens, si bien se están introduciendo excepciones, tanto en Australia, como en Nueva Zelanda y en algunos estados de Canadá, concediendo al juez la facultad de decidir si opera *inter partes* o no, debido a los numerosos casos de fraude de identidad detectados, especialmente durante la época de las denominadas hipotecas *subprime*. En España, y también en Alemania, pese al carácter abstracto del negocio transmisivo y al carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción, la fe pública registral tiene tan sólo eficacia *inter tertios*.

Esta exigencia de conjunción de ambos requisitos es imprescindible para que dicha inversión de las reglas de protección produzca un incremento de la liquidez del derecho sin merma de su seguridad, pues el cumplimiento de la misma permite eliminar las asimetrías informativas existentes en el ámbito inmobiliario en relación a la identidad de los titulares de los bienes que se desean adquirir, lo cual es imprescindible para que la inversión de las reglas de protección produzcan el resultado deseado, a saber: incrementar la liquidez del derecho sin merma alguna de su seguridad, o, más precisamente, incrementando, al propio tiempo, la seguridad del propietario.

Ello se consigue mediante la atribución a la inscripción del efecto de fe pública registral o de incorporación del derecho al asiento –en términos similares a la incorporación de los derechos al documento tabular en materia cambiaria-. En virtud del mismo, en las relaciones *inter tertios*, el derecho existe en los términos en los que aparece reconocido y descrito por los asientos registrales, es decir, por el Estado, sin que puedan afectar a un adquirente a título oneroso y de buena fe circunstancias relativas a la titularidad y extensión del derecho inscrito, distintas de las que consten en la propia inscripción, salvo –pocas- excepciones, las cuales solo pueden establecerse expresamente en una norma con rango de ley. Dicha propiedad normativa, convierte así a la inscripción en un *título valor*, en tanta mayor medida cuanto menos sean las excepciones que imponga la ley al efecto fe pública registral.¹⁰⁰

La atribución a la inscripción del efecto o propiedad normativa conocido como fe pública registral –característica definitoria de un registro de derechos- tiene, a los efectos que nos interesan, dos importantes consecuencias.

En primer lugar, la imposición de una *simetría informativa funcional* entre transmitente y adquirente. En efecto, al adquirente que reúne los requisitos exigidos no le pueden afectar las vicisitudes causales derivadas de negocios precedentes, como consecuencia de la abstracción *inter tertios* que impone la inscripción y que conlleva la protección del adquirente que inscriba su adquisición mediante una regla de propiedad, frente a las vicisitudes causales precedentes que no consten en la inscripción o que, aun constandingo, no tengan naturaleza real, salvo que aparezcan garantizadas por alguna garantía real que conste en la inscripción, lo cual incluye los actos dispositivos de su derecho realizados con anterioridad por el titular registral a favor de personas que no han solicitado la inscripción.¹⁰¹

¹⁰⁰ Desarrollo ampliamente esta tesis en Méndez González F. P., *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 703, 2001, págs. 2059-2161.

¹⁰¹ Hablo de simetría informativa funcional porque el efecto fe pública hace que, en relación a los atributos a los que se refiere, transmitente y adquirente gozan de la misma información, pues nada que no conste en el Registro puede afectar al adquirente, salvo que éste lo conozca, en los casos en los que se exige buena fe, como es el caso de España –art. 34 LH de 1944-. En el caso de Alemania, la *Gutgläubenswirkung*, o efecto de fe pública registral, el cual posibilita una adquisición irrevocable por un tercero de buena fe que adquiriera confiado en el contenido registral, viene establecida en el parágrafo 892 BGB se presume correcto el contenido del Registro a favor e aquel que adquiere mediante negocio jurídico un derecho sobre un inmueble o un derecho sobre tal derecho, a no ser que se haya inscrito una oposición –*Widerspruch*- frente al contenido del Registro o sea conocida por el adquirente la incorrección del mismo. La jurisprudencia alemana viene exigiendo que el negocio jurídico sea de tráfico y a título oneroso. Por ello, la principal diferencia entre los sistemas alemán y español, en lo relativo a la fe pública registral, radica en el distinto

En segundo lugar, tiene una consecuencia que explica lo anterior: el titular registral, mientras siga siéndolo, conserva el *poder de disposición* sobre el derecho inscrito, con independencia de que la legislación confiera o no carácter constitutivo *inter partes* a la inscripción. Ello es inevitable, pues ser titular registral en un registro de derechos significa ser el titular reconocido por el Estado y, por tanto, mientras se ostente esta cualidad, se tiene el poder de disposición sobre el derecho.

Así, si A, titular inscrito, dispone de su derecho a favor de B, y éste no inscribe, B será mero titular negocial, pero A seguirá siendo el titular registral, es decir, el titular reconocido por el Estado. Si A vende a C que inscribe, C ha adquirido del titular reconocido por el Estado y, a su vez, ha sido reconocido como tal por el Estado, lo cual le confiere el poder de disposición.

Aunque se adquiriera de un titular registral, si no se inscribe el derecho negocialmente adquirido, la adquisición efectuada es meramente negocial y, por lo tanto, solo está protegida por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de quien, a su vez, inscriba el derecho negocialmente adquirido. Ello es así porque la celebración de un negocio jurídico de finalidad traslativa por el titular registral supone el ejercicio de su *ius disponendi*, pero no la extinción del mismo. Esta solamente se produce con la inscripción a favor del adquirente. Por eso, mientras el adquirente no inscriba, su adquisición solo queda protegida por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de quienes sí inscriban. Y este efecto se produce independientemente de que la legislación exija o no la inscripción como requisito de la transmisión *inter partes*. Para ello, basta con que el ordenamiento introduzca el efecto fe pública registral.

Ordinariamente, se exige que el negocio adquisitivo sea un acto de tráfico, a título oneroso y de buena fe, aunque no siempre ha sido así.¹⁰²

Por ello, no es correcto afirmar, en presencia de un registro de derechos, que el primer adquirente de un titular registral que, sin embargo, no inscribe su adquisición es el *verus dominus*, mientras que el segundo adquirente que sí inscribe es un titular *meramente registral*. Por el contrario, el primero es un *titular meramente negocial* –su titularidad se halla protegida solo mediante una regla de responsabilidad–, mientras que el segundo, es el *titular real*, pues su titularidad se halla protegida por una regla de propiedad. El uso de una terminología tal solo es explicable como consecuencia de la pervivencia de los esquemas mentales propios del Derecho común.

Tampoco parece admisible afirmar que uno de los efectos del sistema registral de derechos es la *oponibilidad* del título inscrito frente al no inscrito, y ello con

alcanza de la buena fe exigida. Mientras en Alemania, es una buena fe equivalente a falta de conocimiento, en España, los tribunales tienden a mantener un criterio más amplio.

¹⁰² Tal requisito no venía exigido, por ejemplo, por la Ley Hipotecaria de 1861. Se introdujo posteriormente. No es claro, ni mucho menos, que deba ser un requisito exigible, desde una perspectiva de política legislativa. No desarrollo este aspecto, a mi juicio de gran importancia, por quedar al margen del objeto de este trabajo.

independencia de que la legislación exija o no la inscripción como requisito de la transmisión *inter partes*, en sustitución de o además de la *traditio*.¹⁰³

En efecto, en el Registro de documentos, sí es correcta tal afirmación, porque ese es su efecto: hacer oponible el título inscrito frente al no inscrito.

En el caso del Registro de derechos, sin embargo, no es exacta porque la inscripción es un pronunciamiento estatal de reconocimiento de la titularidad a favor de una persona, inmunizándola, además, frente a las vicisitudes causales derivadas de las conexiones intercontractuales precedentes referentes al mismo bien, si se dan los requisitos exigidos para ello. La inscripción no contiene un título inscrito sino una resolución del Estado dictada tras un procedimiento –el procedimiento registral- en el que el documento que acredita la celebración del negocio sirve como prueba relevante, aunque no única, dentro de dicho procedimiento.¹⁰⁴ La inscripción no hace inoponible un documento frente a otro, sino que atribuye un derecho con eficacia *erga omnes*.

Dicha eficacia *erga omnes* se halla protegida por una regla de propiedad cuando se dan todas las circunstancias requeridas –las cuales he descrito anteriormente- para que opere el efecto fe pública registral. Si falta una de ellas, singularmente, que no se ha adquirido de un titular inscrito, dicha eficacia *erga omnes* se halla protegida solamente por una regla de responsabilidad reforzada, pues la inscripción confiere una presunción *iuris tantum* de titularidad al titular registral, en virtud de otro efecto característico de los registros de derechos cual es el de *legitimación registral*. En virtud de dicho efecto, se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Dicha presunción se extiende, en los mismos términos, a la posesión.

Es obvio que nada tiene que ver este efecto con el de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos propio de un Registro de documentos, cuya única finalidad es la de establecer preferencias y exclusiones probatorias, pero no la de asignar derechos.

En un Registro de derechos, por el contrario, una de cuyas finalidades principales es la de asignar titularidades inmobiliarias con eficacia *erga omnes*, no opera la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos, sino la de los títulos no inscritos frente a las *titularidades* reconocidas por la inscripción. Así entendida, la inoponibilidad de los títulos no inscritos opera como un reforzamiento procesal del efecto de legitimación registral, esto es como un reforzamiento procesal de la

¹⁰³ El sistema inmobiliario español –que recoge la fe pública registral pero no la exigencia de la inscripción constitutiva *inter partes*- , los arts. 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria recogen lo que la generalidad de la doctrina denomina el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos. Estos preceptos, en un registro de derechos, como el español, en realidad solamente tienen virtualidad práctica en la medida en que haya propiedad no inscrita. Pero los efectos definitorios del sistema son el de fe pública –art. 34 Lh- y el de legitimación o exactitud –art. 38 Lh-. Este último presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, salvo prueba en contrario. El art. 32 Lh puede interpretarse, en este contexto, como un mecanismo procesal de reforzamiento de la presunción del art. 38 Lh.

¹⁰⁴ Sobre la necesidad de un procedimiento registral, puede verse Méndez González F.P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la propiedad*, pp.: 199-201. Ed.: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

presunción *iuris tantum* de la titularidad proclamada por la inscripción, cuando ésta carece del efecto fe pública por faltar uno de sus requisitos, cual es haber adquirido de un titular inscrito.

En el Derecho de la seguridad del tráfico, instrumentado en el ámbito inmobiliario mediante el Registro de derechos, los derechos se incorporan a documentos que son títulos valores: singularmente, la letra de cambio, en el ámbito de los derechos de crédito y la inscripción, en el ámbito inmobiliario. Tal incorporación exige que la circulación de los derechos se someta a unas determinadas reglas: la circulación cartular, en el caso de la letra, la circulación registral, en el caso de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. En este último caso, la circulación registral requiere, como he expuesto anteriormente, haber adquirido de un titular registral –titular reconocido por el Estado- mediante un negocio jurídico a título oneroso y de buena fe, y , a continuación, solicitar y obtener del Estado el reconocimiento de la titularidad negocial adquirida, convirtiéndola así en titularidad real.

La obtención de la inscripción requiere un procedimiento que no es contencioso, pues no hay contención entre partes, sino solicitud al Estado de reconocimiento del derecho adquirido. La inscripción, en el caso de obtenerse, no es una declaración definitiva, porque es susceptible de impugnación. A diferencia de una sentencia no produce efecto de cosa juzgada. No puede producirlo porque el procedimiento registral no ofrece las mismas garantías, pero sí ha de ofrecer las suficientes garantías para desalentar cualquier impugnación de la inscripción. En la medida en que no haya impugnaciones, y/o que , en el caso de haberlas, los tribunales respalden los pronunciamientos registrales, las inscripciones equivaldrán *funcionalmente* a una sentencia firme, y los derechos incorporados serán, al tiempo, más seguros y más líquidos.

Que sea así, depende, de un lado, de las garantías que ofrezca el procedimiento registral, y, de otro, de la agilidad del mismo.

7.3.3.3.3.- El derecho a conocer el contenido de la inscripción.

En segundo lugar, la *publicación* significa que la identidad del titular reconocido por el Estado como tal, y, por tanto, el titular, puede ser conocida por quien tenga interés legítimo *sin consentimiento del mismo*, mediante una simple consulta a la institución del Estado que tiene atribuida la función de realizar tal reconocimiento, y que el conocimiento así obtenido basta para disipar las asimetrías informativas existentes en cuanto a la titularidad, cargas y extensión del derecho, por lo que no debe consultar ni, por lo tanto *temer*, ninguna información que, de existir, podría afectarle si el Estado no realizara esta labor de reconocimiento –lo que es tanto como decir, de atribución o asignación de derechos- mediante la institución creada al efecto.¹⁰⁵

¹⁰⁵La calidad de un vehículo o de pastel, por ejemplo, sería un bien de experiencia. Un servicio médico o la reparación de un automóvil, por ejemplo, sería un bien de confianza. Sin embargo, la calidad de los servicios financieros sería un bien de búsqueda. Los conceptos de bienes de búsqueda y de experiencia fueron formulados por Nelson, y el de bienes de confianza por Darby y Karni. Véase Nelson P., *Information and Consumer Behavior*, en *Journal of Political Economy*, vol. 78, pp.311-329, 1970. Asimismo, Darby, M.R., y Karni E., *Free Competition ant the Optimal Amount of*

Esta *publicación* del sistema de transmisión de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, en los dos sentidos expuestos, posibilitada por la intervención directa del Estado en el sistema transmisivo de bienes inmuebles, hace que tales derechos dejen de ser *bienes de experiencia* – bienes cuya calidad no puede ser comprobada por el adquirente antes de la adquisición, sino tan sólo después- o *bienes de confianza* – aquellos cuya calidad sólo es posible conocerla a muy largo plazo e, incluso, en el límite, nunca llega a conocerse-, para convertirse en *bienes de búsqueda* –aquellos cuya calidad puede ser comprobada antes de la adquisición, si se dedican recursos para ello.

La inversión de las reglas de protección de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles–en relación a las establecidas por el Derecho Común-, operada por la publicación de su sistema transmisivo, es la que convierte en bienes de búsqueda a los derechos de propiedad sobre los mismos,. Esta transformación opera como instrumento para conseguir la liquidez de tales derechos sin merma de su seguridad, por la sencilla razón de que dicha transformación permite eliminar, a muy bajo coste, las asimetrías informativas existentes en un entorno de contratación impersonal en relación a la identidad de los titulares, la existencia de cargas y la extensión del derecho que se desea adquirir.

7.3.3.3.4:- Consecuencia: superación del *trade-off* entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios.

Esta intervención normativa –derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada- e institucional –introducción del Registro de derechos- del Estado consigue la superación del *trade off* entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* en el ámbito inmobiliario y, por tanto, que los mismos sean, al propio tiempo, más seguros y más líquidos.

El derecho es más seguro, en primer lugar, en relación a las incertidumbres retrospectivas propias de una sociedad impersonal gobernada por las normas del Derecho común. Si el dueño reúne las condiciones para ser un titular protegido por la pública registral, se halla protegido frente a las mismas por una regla de propiedad, mientras que en el ámbito del Derecho común lo estaría sólo por una regla de responsabilidad. Si no reúne las condiciones para ser un titular protegido por la pública registral por no haber adquirido de un titular inscrito, goza de una presunción *iuris tantum* de titularidad y de posesión, reforzada procesalmente por la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a la titularidad proclamada por la inscripción. Es decir, su titularidad se halla protegida por una regla de responsabilidad pero reforzada, respecto de la propia del Derecho común.

Fraud, Journal of Law and Economics, vol 16, abril, pp.: 67-88, 1973. En nuestro caso la calidad de la titularidad y de las cargas recayentes sobre un inmueble serían un bien de experiencia, o, a lo sumo de confianza, en presencia de un registro de documentos complementado con un seguro de títulos. En efecto, dicho registro no tiene por finalidad facilitar titularidades sino hacer oponible documentos, y, respecto del seguro, no podemos estar seguros de que la investigación retrospectiva esté bien hecha. En presencia de un registro de derechos, tales atributos quedan convertidos en bienes de búsqueda como consecuencia de la inversión de las reglas de protección operada por el mismo. Basta con tener conocimiento del contenido de la inscripción.

Ciertamente, el titular registral pierde la acción reivindicatoria en relación a un tercer adquirente que reúna los requisitos necesarios para ser protegido por la fe pública registral. Ahora bien, las probabilidades de que ello suceda son mínimas, pues el Registro conoce la identidad del titular registral y la ley le obliga a rechazar cualquier acto dispositivo realizado por persona distinta del mismo¹⁰⁶. En el caso de que sucediera, el Estado debe indemnizar al titular registral despojado, o, en otros términos, su *ius diponendi* queda protegido por una regla de responsabilidad, en lugar de por una regla de propiedad. Pero no solo por una regla de responsabilidad: la arquitectura del sistema registral de derechos está dirigida a evitar que tal siniestro pueda acaecer. Se trata, por tanto, de una regla de responsabilidad reforzada.

El derecho también es, al propio tiempo, más líquido, pues la conversión de la titularidad y extensión de los *iura in rem* sobre bienes inmuebles en bienes de búsqueda, como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción, hace innecesarias las investigaciones retrospectivas, imprescindibles en el ámbito del Derecho común, las cuales son costosas, en términos explícitos –dinero- e implícitos –tiempo-, y de resultados siempre inseguros – lo que suele obligar, además, a suscribir la correspondiente póliza-, como consecuencia de que, bajo el Derecho común, las titularidades y la extensión de los *iura in rem* inmobiliarios son bienes de experiencia o, a lo sumo, de confianza. Bajo el Registro de derechos, para evitar riesgos retrospectivos, basta con consultar el contenido de la inscripción, e inscribir la adquisición del derecho adquirido negocialmente del titular registral, lo que es menos, costoso tanto en términos explícitos –dinero- como implícitos- tiempo-, que las investigaciones retrospectivas exigidas por las reglas del Derecho común, y, además, más seguro, lo que evita la necesidad de suscribir pólizas que cubran tales extremos.¹⁰⁷

7.3.3.3.5.-El mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada, sin embargo, solo permite paliar, pero no superar, el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles en un contexto de contratación impersonal.

De todo lo expuesto hasta aquí, resulta que el mantenimiento de la regla de la reivindicabilidad ilimitada –y la consiguiente estructura de las reglas de protección de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles propia del Derecho común- es la causa última de que exista un *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos en un

¹⁰⁶ En realidad, para que sucede, debe haber un fraude identidad. Alguien debe suplantar al titular registral, haciéndose pasar por él, superando todos los controles establecidos. Habitualmente, esta función de identificación corresponde a los notarios, *solicitors*, abogados, etc. Puede haber negligencia o corrupción, lo cual debe ser evitado por el diseño institucional de estos operadores, además de severamente sancionado, incluso por las normas penales. La corrupción registral, en este aspecto, es más difícil que se produzca. En todo caso, sobre los riesgos del sistema, véase Méndez González F.P. *De la publicidad contractual...*pp.:211-217. En el nuevo sistema ganan todos, a condición de que las instituciones que lo instrumentan no fallen. Este es el verdadero riesgo para el *dominus* y con él, para todos los demás agentes, dado el efecto potencialmente expropiatorio de la inscripción en caso de error. De ahí que, en el nuevo sistema, todo lo relativo a la organización y procedimiento registrales sea una cuestión capital.

¹⁰⁷ Sobre los costes de los seguros de títulos y el funcionamiento de la industria aseguradora, así como sobre el papel de la misma bajo un registro de documentos y bajo uno de derechos, véase Arruñada B., op. cit. pp. 225-253.

contexto de contratación impersonal. En consecuencia, el mantenimiento de tal regla – con todas sus consecuencias- implica la pervivencia de dicho *trade off*.

En tal situación, la sola intervención institucional –v.gr.: registro de documentos complementado por seguro de títulos-, en el mejor de los casos, pueden contribuir a paliar dicho *trade off*, pero no a superarlo. Como he expuesto anteriormente, aunque la introducción de tales medidas pueden dar lugar a un juego de suma positiva, sin embargo, sus resultados se hallarán lastrados inevitablemente por la pervivencia del *trade off*.

En efecto, el registro de documentos, unicamente puede paliar, pero no eliminar ,las asimetrías informativas existentes sobre ciertos atributos esenciales para contratar, a los que me he referido reiteradamente, y que no pueden ser resueltas por el adquirente potencial por sí solo –identidad de los titulares de *iura in rem* sobre el bien inmueble, extensión de tales derechos, etc-. La disminución de tales asimetrías incrementa la seguridad de la adquisición, sin garantizarla, pero implica un coste –seguro de títulos, por ejemplo- que va en detrimento de la liquidez del derecho. Ciertamente, el aumento de valor del bien debido al incremento de la seguridad del derecho de propiedad sobre el mismo, como consecuencia de la introducción de un registro de documentos, puede conllevar un aumento de valor del bien superior a la disminución de su valor derivada de la disminución de liquidez como consecuencia de la implantación de un registro de documentos, el cual exige mayores trámites para incrementar la seguridad del derecho. En la medida en la que se produzca dicho aumento de valor respecto del que alcanzaría el bien bajo la regla de la reivindicabilidad ilimitada pero sin registro de documentos, en esa misma medida, la introducción del mismo contribuye a paliar el citado *trade off*.

Es más, en una situación así, se produce una consecuencia paradójica: dada la imposibilidad de saber con seguridad si está adquiriendo del verdadero dueño –algo que ni siquiera el transmitente de buena fe puede saber con seguridad-, y dado que las vías derivativas son las usuales para la adquisición de la propiedad, el mantenimiento de la regla de reivindicabilidad limitada tiene como consecuencia que nadie pueda estar seguro de ser dueño, es decir, de haber realizado una adquisición protegida por una regla de propiedad. Tan sólo pueden estar seguros de estar protegidos por una regla de responsabilidad, lo que equivale a afirmar que, en tal situación, los derechos de propiedad son funcionalmente, derechos personales –con todas sus consecuencias-, derechos que, no obstante, tienden a reforzarse mediante la institución de la usucapión y la presunción de titularidad del poseedor de buena fe. No deja de ser paradójico que sea el mantenimiento de la regla de la reivindicabilidad ilimitada la que produzca semejante consecuencia.