

DISCURSO DE INAUGURACIÓN DEL XIX CONGRESO IPRA-CINDER

Santiago, 27 de octubre de 2014

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y ESTADO DE DERECHO.

Quiero agradecer a Isabel Allende, presidenta del Senado de Chile, que haya puesto este salón de honor a nuestra disposición para inaugurar del XIX Congreso del IPRA-CINDER. El Parlamento, manifestación de la soberanía popular, propicia el ideal democrático de que la ley sea la expresión de la mayoría. Sin embargo, la voluntad de los individuos, los movimientos sociales e incluso las mayorías democráticamente elegidas se someten a las exigencias del Derecho, haciendo realidad otro ideal: el Estado de Derecho (*Rule of Law*). Aunque entre ambos ideales surgen a veces tensiones (Ian Shapiro) hoy no es concebible una democracia sin Estado de Derecho y viceversa, sin legitimación democrática no se puede hablar de Estado de Derecho.. Ahora bien, el Estado de Derecho, está relacionado desde sus orígenes con la garantía de la propiedad, la libertad y la igualdad jurídica. El registro de la propiedad está estrechamente ligado a la construcción del Estado de Derecho. Por una parte es instrumento de protección de los derechos de propiedad y, por otra parte facilita la igualdad. Así, la idea de protección de la propiedad se manifiesta haciendo seguros los derechos y simplificando el proceso de negociación de. Asimismo, los registros han fomentado la igualdad de todos los ciudadanos ante la propiedad, universalizando el derecho de propiedad, como recoge Serge Le Roux en su obra *La mort du dernier privilège*. No es casualidad que recientemente el historiador alemán haya escrito «que ningún Estado es moderno sin Registro de la Propiedad y el derecho a disponer libremente de los bienes». Y ciertos estudiosos como Mancur Olson apuntan que las sociedades en las que se confía en la perdurabilidad de los derechos de propiedad y los contractuales son las sociedades democráticas asentadas

En Chile, que como decía Pablo Neruda es un país sin caudillismo, nos encontramos con una sociedad madura, respetuosa con las normas democráticas, donde el héroe central es una abstracción, el Estado de Derecho o el «Estado en forma», como solía decirse en el siglo XIX y nos recuerda recuerda otro escritor Jorge Edwards. Pues bien, entre los artífices (celadores) de aquel ideal abstracto destaca sin duda la personalidad del caraqueño Andrés Bello, autor del Código Civil y en lo que a nosotros concierne del régimen de las conservadurías.

II. CHILE, ANDRÉS BELLO Y EL RÉGIMEN HIPOTECARIO.

Después de más de cuarenta años de andadura el Congreso Internacional de Derecho Registral llega por primera vez al occidente de Sudamérica. Chile, descrita como una tierra paradójica que discurre entre la nevada cordillera y el mar extenso, tierra en la que se conjugan los desiertos y fértiles valles (J. Eyzaguirre) resulta ser un país de contrastes. Contrastes que se manifiestan en sus poetas, el misticismo lenguaje deslumbrante de Gabriela Mistral, el «realismo» dentro del «romanticismo revolucionario» de Pablo Neruda (Canto General), el vanguardismo desconcertante de Vicente Huidobro (Altazor) y la ironía de la antipoesía de Nicanor Parra (Poemas y antipoemas). Pero, sin desdeñar nada de lo anterior, para nosotros Chile representa además la estabilidad institucional. Las instituciones permiten conocer las reglas de juego de la sociedad, reducen la incertidumbre y proporcionan una estructura sólida a la vida diaria (Douglass C. North).

La certeza y predictibilidad de la actuación de las instituciones en relación con los derechos es un factor decisivo para confiar en el sistema jurídico. El compromiso del Estado en la protección de los derechos es determinante de la calidad de estos. Por ello no todos los estados son iguales, no todos suscitan la misma confianza porque el compromiso en la defensa de los derechos es diferente.

Chile representa un modelo de Estado confiable y en esto desempeñó un papel decisivo aquel «sabio, ponderado y respetado jurista»(R. Donoso) llamado Andrés Bello. Hombre de soluciones conciliatorias y justas, como dicen sus biógrafos. No voy a glosar la ingente obra de Bello, ni siquiera el influyente Código Civil de la República de Chile, sino que me centraré en dos aspectos: 1) ¿Cómo reformó el derecho privado?; 2) El diseño del régimen de las conservadurías.

1. ¿Cómo reformó el derecho privado?

- 1.1. Identificando adecuadamente el problema.. No obstante, no desconocía que un pequeño número de individuos tenían interés personal en que se perpetuase la oscuridad de las leyes y la irregularidad de los juicios. Nada distinto de la

experiencia inglesa, francesa o australiana en la implantación de los sistemas de registros.

- 1.2. Aprovechando el trabajo de otras naciones ilustradas por la ciencia y la larga experiencia. El cambio debía hacer teniendo en cuenta los modelos ya probados y tras un profundo estudio de la situación.
- 1.3. Aplicando una solución chilena, no europea, a un problema chileno. No se trataba de hacer trasplantes legales ni de copiar la letra de ningún código moderno,
- 1.4. Hallando un equilibrio entre la tradición jurídica histórica y el cambio. Acudiendo a la tradición republicana clásica. En otras palabras hacer la paz con la tradición jurídica que algunos se habían propuesto destruir (H. Berman)
- 1.5. Dedicando más de 21 años al estudio y redacción de los textos legales. (1834 encargo de Diego Portales). La obra no sólo fue fruto del «equilibrio mental de su autor», sino también de la amplia colaboración de magistrados y abogados (Pedro Lira).

2. El diseño del régimen de las conservadurías.

Cuando se elaboró el Código Civil chileno, tal era la situación de Europa: en Alemania no se había producido la unificación, por lo que al referirse al régimen «alemán» en realidad se hacía referencia solo al prusiano recogido en la Ley Común Hipotecaria de Prusia de 1783 y el Código de Derecho Común de 1794. Sólo hacia finales del siglo XIX se logró unificar el sistema inmobiliario. En Francia regía el Código de 1804, expresión de las doctrinas retrógradas en esta materia. La Ley de Transcripciones es de 1855. En España, el gobierno había encargado a la Comisión de Códigos redactar una Ley Hipotecaria que no vería la luz hasta 1861. Inglaterra tampoco tuvo ley sobre registros hasta 1862, pero previamente las comisiones y comités que se ocuparon de la materia habían emitido documentados e interesantes informes en 1830, 1832 y 1850. Sólo Austria, en el ámbito de influencia germana, con la aprobación del Código Civil de 1811, había alcanzado una regulación unitaria y de calidad que mezclaba principios romanos y germánicos. (Mantiene la teoría del título y el modo pero la adquisición no tiene lugar por la tradición sino por la inscripción. Reconoce la usucapión registral, aunque también admite la prescripción contra los derechos inscritos por

no uso.) En el ámbito de influencia francesa, Bélgica había fijado su modelo con la Ley Hipotecaria de 1851. La efervescencia y las discusiones con la que se vivía en Europa el problema inmobiliario realza hoy en día la titánica labor de Andrés Bello en la elaboración del Código Civil, en especial las disposiciones inmobiliarias y, al igual que ocurre en muchos países, mezcla (yuxtapondrá) principios romanos y germánicos, que no quedarán fijados doctrinal y legalmente hasta un momento posterior.

El sistema chileno es «alemán» al optar claramente por la «publicidad» frente a la clandestinidad del Código Civil francés de 1804, y al atribuir a la inscripción un papel en el proceso de transmisión de los derechos reales y no dejarla reducida a una mera «noticia/ o «advertencia», como acontece en los sistemas de inspiración francesa. Sin embargo, sigue el modelo francés en la manera de organizar el registro por personas y adoptar la denominación de «conservador». Asimismo, se asemeja al francés porque cuando trata de las funciones del conservador afirma que «no podrá rehusar ni retardar las inscripciones» (artículo 13 del Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes raíces) en los mismos términos que L IV de la Ley Hipotecaria de 1798 (*Dans aucun cas, les conservateurs des hypothèques ne peuvent refuser, ni retarder les transcriptions...*) y que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria de Bélgica de 1851. No obstante, supera con creces el modelo francés y belga, al admitir desde el principio el acceso al registro de las transmisiones *mortis causa*, no distinguir entre «transcripción» e «inscripción» y hacer referencia a las facultades de calificación del conservador. Permanece anclado en la tradición romanista al mantener el principio de que nadie puede dar lo que no tiene, lo cual superan claramente los sistemas germánicos. En cuanto al papel de la inscripción en el modelo de transmisión está más cerca, sin ser idéntico, del modelo austriaco (el cual sigue conservando el sistema del título y el modo, donde la inscripción constituye el modo y sustituye a la tradición. También puede ser influencia austríaca la regulación de la prescripción y usucapión en relación con los asientos del registro).

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS REGISTROS: PROBLEMAS Y REFORMAS.

Si antes me he referido a que Chile es un país de contrastes, eso mismo puedo decir del presente congreso. Asisten a él países con distintos modelos de sistema registral, Pero en todos ellos hay un compromiso del Estado, del poder público, con la protección de los derechos de propiedad y una respuesta a unos problemas muy similares. De ahí que sea posible mantener un diálogo fructífero.

1. Poder público. Los sistemas registrales, cualquiera que sea el modelo, suponen que el poder público asume la protección y aplicación de los derechos de propiedad, entre otras razones porque puede hacerlo a un costo inferior que cualquier grupo privado voluntario (D. North). Entre las funciones irrenunciables del Estado se encuentra la protección y seguridad de los derechos y, en particular, de la propiedad (Así lo reconocen los economistas clásicos como A. Smith o Stuart Mill y más recientemente el Banco Mundial). . La fortaleza estatal, que poco tiene que ver con su dimensión, es necesaria para evitar la captura por grupos, castas o corporaciones, dicho en otros términos, para evitar su patrimonialización por unos pocos y con ello la confusión del interés público con el privado. La debilidad o captura del Estado pondría al servicio del interés particular mecanismos públicos, y con ello mecanismos de vinculación por anticipado de la jurisdicción en materia de derechos reales sin un previo control público, tal como ha acontecido con las ejecuciones hipotecarias. Sin embargo, el hecho de tratarse de una función pública no garantiza que el Registro se desarrolle en un marco institucional adecuado para favorecer el crecimiento y la productividad. Esto ocurre con frecuencia cuando la función registral se subordina a las necesidades fiscales del gobierno, así el registro se utiliza principalmente para recaudar impuestos o es una pieza más de la administración tributaria.

2. Independencia. En un mundo de intercambios impersonales, en las que la información es imperfecta y varía de un contratante a otro, no es posible alcanzar soluciones cooperativas autocumplibles y requiere la intervención de un tercero, una institución que: 1) proporcione la información suficiente para contratar y; 2) vigile, por medio de la calificación, cuándo los contratantes se apartan del cumplimiento de la legalidad. El Registro de la Propiedad es el medio a través del cual el Estado se comporta como un tercero imparcial en el ámbito de la contratación de los derechos de propiedad, ejerce funciones de poder público neutral (A.M. Sandulli), y asegura que los organismos políticos no violarán los contratos ni participarán ni fomentarán situaciones que alteren radicalmente la posición de las partes. Esta fijación del contenido de los contratos, no alterándolos ni las partes en perjuicio de tercero, ni el poder público, es lo que garantizan los principios que inspiran los Registros de la Propiedad: la inatacabilidad o fe pública en su grado máximo. En esto la función del Registro se aproxima a la judicial y por ello agradezco la presencia en este congreso de magistrados y jueces.

En 1944, el general De Gaulle encargó a su ministro de información que le diseñara un periódico a medida. Pocos meses después aparecía *Le Monde*. El general eligió personalmente a su director, Hubert Beuve Méry, pero éste ejerció con tal independencia su función que la

patronal en 1948 le ofreció 50 millones de francos de la época a cambio de su retirada. Beuve Méry no aceptó y declaró: «No encontraréis a mis espaldas ni banco, ni iglesia, ni partido.» . Gracia a la independencia pudo Le Monde ser un gran periódico. Esto mismo requiere el Registro para ser confiable y en ello toma como ejemplo la función judicial. A las palabras de Beuve Mery añadiríamos nosotros "ni empresa informática ni de geo-fotografía"

En los últimos años hemos visto como instituciones internacionales han llegado a recomendar que las funciones registrales dejen de estar vinculadas con los tribunales, olvidando que lo importante es la necesaria independencia que debe caracterizar el ejercicio de esta función. La inadecuada comprensión de la función (racionalidad) de las instituciones puede llevar a consecuencias irreversibles. El verdadero conocimiento es el de por qué las cosas son como son y no simplemente cómo son.

3. Multifunción. La función del registro es la creación de titularidades inatacables, lo cual es factible de manera inmediata, si el sistema tiene fe pública, o por el lapso de tiempo, si se apoya en la usucapión. Asimismo, se ocupa de facilitar la negociación. Esto último se consigue simplificando la prueba de los derechos (*proof of title*), al no ser necesarias ni las investigaciones retrospectivas ni los estudios de títulos, con lo cual las titularidades se convierten en *marketables*. Tal es así que *Registered land is cash in trade*. La resistencia frente a la evicción y negociabilidad expresan la fortaleza del sistema registral. A partir de aquí, la publicidad no es más que un medio pero no el fin del registro. Sin embargo, hoy observamos la tendencia a reducir el registro a una mera base de datos —prueba de ello son las reformas que han llevado los registros hasta hace poco dependientes de los ministerios de justicia a formar parte de la estructura de direcciones de datos públicos—, y a incorporar una pluralidad de datos que el registrador no puede controlar. Lo dicho recuerda a aquel cuento francés en el que se utilizaban cien ingredientes para elaborar una tarta, pero el empleo de más ingredientes no garantizaba que la calidad de la tarta fuera mejor.

Los registros permiten identificar al titular, clarificar el derecho y facilitar la negociación de los mismos. (Hoy en día, el peligro radica en introducir en el registro información no procedente del mismo que puede enturbiar un sistema de por sí claro. La profesora Carol Rose advierte que los sistemas registrales son una opción en favor de «reglas claras» y que muchas veces se introducen reglas que los distorsionan y los enturbian (*mud*). Un sistema claro (*crystal*) permite conocer las consecuencias legales *ex ante*, es predecible en las negociaciones a largo plazo, genera confianza y, por tanto, resulta idóneo para la contratación con extraños, es decir aquellos con las que sólo se contrata una vez.

4. La *Land administration*. Desde hace casi dos décadas ha hecho fortuna la expresión *Land administration*, concepto equívoco donde los haya, que pretende abarcar todo lo referente al mapeo del territorio, la exacción de los impuestos, las valoraciones inmobiliarias, las transacciones inmobiliarias y el registro de la propiedad. El término, aparentemente avanzado, es regresivo por no decir primitivo, pues parece ignorar las ventajas de la especialización fruto de la división del trabajo (M. Weber). Pero más grave resulta el no ser capaz de distinguir entre el derecho público y el privado; las relaciones de coordinación (cooperación) entre sujetos tratados jurídicamente como equivalentes frente a las relaciones de subordinación y sujetos supraordenados; entre el interés privado y el interés colectivo. La posición de la administración que exige un impuesto en el que está interesada se contrapone al registro que es imparcial respecto a los derechos que inscribe o los títulos que publica. En definitiva, desconoce la distinción entre derecho administrativo y derecho civil. No es de extrañar que este concepto haya sido formulado y seguido por geógrafos, topógrafos, ingenieros, y facultades de Geo tecnología, pero que no haya arraigado entre los juristas. Llama poderosamente la atención que esta idea haya sido asumida acríticamente por algunos organismos internacionales. Unos organismos que no conocen la finalidad de las instituciones, lo mezclan todo, el "management" con el "registro" y al final lo trivializan.

No sólo es criticable en sí el concepto de *Land administration*, sino que todavía resulta peor que se pretenda traducirlo en una organización, pues esto supone desconocer que hay funciones distintas, que responden a fines distintos. Según el prof Arruñada se sobrestiman las similitudes y se ocultan las diferencias porque se olvida el porqué de cada institución. Todo esto da lugar al «el espejismo de las sinergias» que acaba creando más burocracia. En definitiva, siguiendo a Max Weber, es necesario un «derecho inequívoco, claro, sustraído al arbitrio administrativo irracional, así como a las interferencias irracionales producidas por privilegios concretos que garantice ante todo de manera segura la obligatoriedad de los contratos y [...] que resulte previsible en su funcionamiento».

IV. LOS TEMAS DEL CONGRESO.

1. El fraude inmobiliario. La implantación de los modernos sistemas registrales ha estado siempre vinculada no sólo a un fin económico o utilitario, favorecer los mercados de crédito hipotecario, sino también a otro «altamente moral», como decían los autores del siglo XIX: impedir los estelionatos, estafas y todo género de fraudes y simulaciones y para ello era

necesario dar «firmeza, robustez y precisión a la propiedad territorial». Incluso un mal registro en que se depositen los documentos sirve para evitar el fraude porque dificulta que estos se alteren o antedaten, como pone de relieve la doctrina tanto inglesa (Hodgkin) cuanto francesa. Ahora bien, el registro no sólo es un medio que evita el fraude, sino también es necesario impedir que el registro sea utilizado como un instrumento para el fraude, «burladero de defraudadores» decían los hipotecaristas clásicos. Es por ello que las legislaciones dulcifican los principios hipotecarios (reglas del registro) introduciendo los principios de buena fe, la *notice* o *lack of proper care* que dejan margen al arbitrio judicial.

2. La organización de los registros. Este tema está estrechamente relacionado con las nuevas tecnologías, pues estas no sólo pueden tener consecuencias en la manera de prestar la función, sino sobre todo porque implican profundos cambios en el modo de organizar los registros. Los cambios tecnológicos que se van a producir en las dos próximas décadas parecen augurar un cambio mayor que en las dos últimas centurias. El tiempo de la naturaleza permanece igual a sí mismo, el contenido creado por los hombres es el que se realiza de manera acelerada (Koselleck), se acelera la sucesión de innovaciones y mejoras dentro de plazos temporales iguales.. Este nuevo desafío no puede ser respondido por el mundo registral a la defensiva, intentando parar el cambio o ignorarlo, al contrario, hay que situarse en la vanguardia aunque con prudencia. El Registro de la Propiedad, como lo prueban muchos de los países aquí presentes, es una institución que se adapta perfectamente a las nuevas tecnologías, incluso la organización de los libros registrales en los registros de derechos parece anticiparlas.). Las actitudes a la defensiva recuerdan a las que tuvieron lugar en el pasado por los *solicitors* irlandeses, que pedían la abolición de las escrituras impresas porque interferían con el privilegio de la oscuridad a través de la cual algunas mentes jurídicas estaban encantadas de moverse (H. Reed). Los *solicitors* temieron en aquel entonces que cualquiera pudiese leer y comprender unos caracteres claros y un estilo accesible, privándoles así de sus funciones. Nada más lejos de lo que aconteció.

Las tecnologías aplicadas al ámbito registral se desarrollan de forma muy satisfactoria en el envío y presentación de documentos, así como en la publicidad o información; pero resultan más problemáticas en los procesos de registro, tratan de simplificar asuntos que requieren un alto conocimiento jurídico. Confunden lo importante con lo irrelevante, lo principal con lo accesorio, el folio real con los efectos del sistema. Los ordenadores permiten agregar con celeridad datos de los asientos registrales con los nuevos datos que se suministran, pero en la

interpretación productiva de las informaciones el hombre continuará siendo necesario.—En otras palabras seguirá siendo imprescindible un elevado conocimiento jurídico, sobre todo en los sistemas más complejos como los causalistas y con un *numerus apertus* de derechos, y este conocimiento corresponde al responsable no solo de la clasificación, sino también de la custodia de los archivos y de la integridad del sistema: el registrador.

Por otra parte, las empresas informáticas, multinacionales en algunos casos, pretenden imponer productos sin tener en cuenta el sistema legal de cada país y desconociendo el capital humano, dicho en otros términos, en lugar de adaptar un sistema informático a un registro, es el registro el que se adapta al sistema informático que la empresa vende en todos los países. Además de olvidarse de la tecnología jurídica, esto suele llevar una dependencia de los sistemas registrales respecto a la compañía informática, creando un nuevo poder feudal al margen de las instituciones.

Las reformas big-bang no existen en materia de registros, salvo que se pretenda destruir un sistema. Las reformas son graduales, requieren tiempo y responder a las verdaderas exigencias de los ciudadanos. Los países que han sido capaces de evolucionar hacia un registro de derechos han necesitado muchos años, incluso siglos, y lo han hecho progresivamente (Australia, Escocia o Irlanda). La simple introducción de nuevas tecnologías no supone necesariamente una mejora de la tecnología jurídica, antes al contrario, si no se mejora la tecnología jurídica puede perpetuar los vicios e inseguridades anteriores y aun potenciarlos. La historia nos muestra que hasta los opositores al establecimiento o desarrollo de los sistemas registrales han aceptado las reformas a cambio de beneficiarse de la claridad del registro para el ejercicio de su función, sin que ello aproveche a los ciudadanos.

El derecho también es argumentación, y por ello este congreso constituye el lugar idóneo para la crítica y la discusión racional, para dar razones a favor o en contra de las decisiones sobre los modelos y reformas registrales. Como juristas, no contemplamos los registros desde fuera, sino como personas comprometidas en la tarea de mejorar nuestros sistemas registrales para ir adaptándolos día a día a las demandas de la realidad, en otros términos, a las necesidades cambiantes de los ciudadanos.

Sólo cuando somos conscientes de que los sistemas no son perfectos, estamos dispuestos a aprender y, con ello, a cambiar.