

ASPECTOS JURÍDICOS
DEL DESARROLLO

EL FRAUDE INMOBILIARIO Y OTROS RIESGOS TRANSACCIONALES EN EL DERECHO COSTARRICENSE

Federico Torrealba

SUMARIO

El artículo explora los alcances del fraude inmobiliario registral y sus modalidades, así como soluciones encontradas de las Salas civil y penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, basadas a nuestro juicio en dos modelos contrapuestos como son el sistema Torrens y el sistema de seguro de títulos. Los costos transaccionales actuales y las características de un sistema económicamente eficaz para Costa Rica, sustentan los planteamientos que el autor hace sobre una agenda futura del sistema costarricense.

PALABRAS CLAVE: FRAUDE, REGISTRO DE PROPIEDADES, MODOS DE CONSUMACIÓN, MODELOS CONTRAPUESTOS, COSTOS TRANSACCIONALES.

SUMMARY

This article explores the extent of registral fraud on properties and its different modes of consumation, as well as diverse solutions brought about by civil and penal Tribunals in our Supreme Court of Justice based or supported upon two counteracting models such as the Torrens system and the system of securities' insurance. Current transactional costs and the characteristics of an economically effective system for Costa Rica, do sustain the approaches and proposals the author provides on a future agenda in the country.

KEY WORDS: FRAUD, REGISTRATION OF PROPERTIES, MODES OF CONSUMATION, COUNTERACTING MODELS, TRANSACTIONAL COSTS.

1. PREMISA

El Derecho Privado costarricense es heredero de la tradición civilista romano-francesa. Durante casi dos siglos de vida republicana, nuestro ordenamiento se ha nutrido de modelos legislativos e instituciones provenientes de sistemas jurídicos afines a dicha tradición. Sin embargo, la progresiva importación de figuras fragmentarias no necesariamente compatibles entre sí ha generado falta de coherencia sistemática. La tendencia a la asistematicidad del Derecho costarricense tiende a agravarse por dos aspectos institucionales: El carácter difuso de la justicia civil --que es impartida, no siempre con criterios uniformes, por jueces civiles, jueces penales y árbitros--; y la inexistencia de una instancia unificadora de jurisprudencia a lo interno de la Corte Suprema de Justicia.

Dichos atributos del ordenamiento costarricense se han hecho patentes en el tratamiento jurisprudencial de uno de los problemas sustantivos más complejos de nuestra realidad jurídica --que a la fecha mantiene en pugna a dos Salas de la Corte Suprema de Justicia--: la cuestión de los efectos civiles del fraude inmobiliario.

2. EL FRAUDE INMOBILIARIO REGISTRAL Y SUS MODALIDADES

El fraude inmobiliario registral plantea una versión del conflicto *verus domino-adquirente a non domino*. El esquema del fraude usualmente es el siguiente: Se presenta al Registro Público un documento falso que consigna el consentimiento del *verus domino* en un acto traslativo de dominio o en una hipoteca a favor de un estafador o de su testaferro. En otros casos, se modifica fraudulentamente la junta directiva de una sociedad o se inscribe un falso poder. A partir de la inscripción de un primer documento apócrifo, se crea una falsa apariencia, una falsa publicidad registral: El estafador o su testaferro (el *non domino*) figuran bien como aparentes propietarios del derecho real adquirido mediante falsedad, o bien como los representantes legítimos del *verus domino*. Acto seguido, el *non domino* contrata con un tercero de buena fe (el *adquirente a non domino*) la venta o la constitución de un préstamo hipotecario sobre

bien, y se embolsa ilegítimamente el precio o el importe del préstamo. En tales casos --cuando el tercero no es un cómplice--, se plantea la confrontación civil entre el *verus domino* y el adquirente a *non domino*. La pregunta crucial es: ¿Cuál derecho real prevalece?

3. LAS POSICIONES ENCONTRADAS DE LAS SALAS CIVIL Y PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte, mediante la aplicación literal del artículo 456 del *Código Civil*, favorece al adquirente a *non domino*. La Sala Primera de la Corte construye su posición sobre el derecho positivo (art. 456 y demás normas de la publicidad registral) e invoca la seguridad del tráfico jurídico¹. Ha afirmado la Sala civil:

“Es así como la entidad actora, ante el daño sufrido, pretende no sólo el resarcimiento sino también la recuperación de ambos inmuebles. Los último, sin embargo, por razones obvias basadas en la fe pública registral, a favor de terceros, no es posible. Estas adquirieron de

1 En la sentencia número 680-F-02 de las 17:10 del 4 de setiembre de 2002, la Sala Primera declara su discordia con la posición expuesta por la Sala Tercera en la sentencia 346-98 y reitera el criterio *pro adquirente a non domino* establecido en las sentencias números 82 de las 14,30 hrs. del 22 de mayo de 1992, 56 de las 13:50 hrs. del 4 de agosto de 1994, 45 de las 10:05 hrs. del 22 de mayo de 1996, 53 de las 14:30 hrs. del 2 de julio de 1997, 417 de las 15:10 hrs. del 2 de junio, 530 de las 15:30 hrs. del 19 de julio, ambas del 2000, 162 de las 8:15 hrs. del 16 de febrero, 352 de las 10:20 hrs. del 18 de mayo, ambas del 2001. Sin embargo, en otro caso en que se planteó un conflicto de derechos entre el propietario despojado mediante fraude y un acreedor hipotecario subsecuente, adjudicatario en remate, la Sección Primera del Tribunal Superior Segundo Civil aprobó la restitución del bien al *verus domino*, sobre la base de la existencia de indicios de colusión entre el defraudador y el *tradens* (el acreedor hipotecario). El alivio de la carga probatoria refleja la voluntad de facilitarle al propietario la recuperación del inmueble removido fraudulentamente de su esfera patrimonial. V. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, 9:25 horas del 7 de abril de 1993.

buena fe, al amparo del Registro. Es por ello que el Tribunal Superior, con tino, fundamenta el pago relativo al valor de las fincas, en el artículo 325 del Código Civil. La imposibilidad de recuperación impone el rescimiento del menoscabo irrogado”².

La jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte, mediante la aplicación del artículo 468 del *Código Procesal Penal* (relativo a los efectos de la declaratoria de falsedad documental) favorece al *verus domino*. En una sentencia emblemática, número 346 del 3 de abril de 1998, la Sala penal de la Corte sostuvo:

“...la víctima de un despojo de sus bienes, hecho al amparo de documentos falsos que logran ser inscritos en el Registro Público, tiene derecho a recuperar el bien que le ha sido, de esta manera, sustraído en forma fraudulenta, aun cuando haya terceros adquirentes de buena fe, que a su vez confiaron en la publicidad registral”.

Ante la ausencia de una instancia de unificación de jurisprudencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia fue llamada a resolver el diferendo a través de la interposición de sendas acciones de inconstitucionalidad de jurisprudencia. Sin embargo, el desacuerdo jurisprudencial subsiste³.

Plan: En la primera parte de este trabajo abordaremos el problema de los efectos civiles del fraude inmobiliario y lo encuadraremos en un marco general de riesgos transaccionales en el Derecho positivo. En la segunda, se harán propuestas programáticas.

2 Sala Primera de la Corte, número 54-97 de las 14:30 horas del 2 de julio de 1997.

3 V. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 9720 de las 8:30 horas del 1 de septiembre de 2004.

PRIMERA PARTE:
SOLUCIONES A LA LUZ DEL DERECHO
POSITIVO VIGENTE

1. EL PROBLEMA GENERAL DE LA ADQUISICIÓN
A NON DOMINO.

Todo ordenamiento tiene que resolver el complejo problema axiológico que plantea el conflicto *verus domino vs. adquirente a non domino*. Dicho conflicto surge cuando un sujeto (el adquirente a *non domino*) concierta con un *aparente* propietario (el *non domino*) la adquisición o la imposición de un gravamen real de una cosa que en realidad pertenece a otro sujeto (el *verus domino* o verdadero propietario). Ambos sujetos, el *verus domino* y el adquirente a *non domino* reclaman derechos excluyentes sobre la misma cosa. Frente a un supuesto de hecho como este, se pregunta: ¿Debe el Derecho invalidar el contrato concertado entre el *non domino* y el adquirente a *non domino* y restituir la cosa al *verus domino*? O, por el contrario, ¿debe el Derecho respaldar la confianza del adquirente a *non domino* depositada en la situación de *apariencia* de titularidad y consolidar el derecho recibido del *non domino*?

Se enfrentan, aquí, los más portentosos gladiadores de la ética jurídica: La Justicia *versus* la Seguridad. El *verus domino* exige la restitución de lo suyo, en apelación al principio ulpiano de justicia restitutoria (*suum cuique tribuere*): El Derecho debe dar a cada quien lo que le pertenece. El adquirente a *non domino* invoca el principio de seguridad jurídica de las transacciones. Se trata de un conflicto axiológico eterno, que no admite soluciones apriorísticas⁴.

4 Se ha dicho, con acierto: “...es un problema que durará eternamente el de decidir a cuál de los dos se debe dar la preferencia, si a aquel primer propietario (A) o el tercero (C) de buena fe. Cada uno de ellos encuentra un eco de defensa en nuestra conciencia. Y, bien mirado, no se trata solamente de decidir en pro o en contra de uno de los dos antagonistas casuales, como tales individuos. Más bien, cada uno tiene detrás de sí intereses mucho más poderosos: el propietario anterior, todo el ordenamiento jurídico de la propiedad, en el cual, si le privamos de su dominio no más que porque hay un tercero de “buena fe”, abrimos una brecha profunda. Pero el tercero tiene a su favor todo el

La eficiencia económica tercia en dicho choque de valores y propone una solución pragmática⁵:

1. Si el costo en que debe incurrir el *verus domino* para evitar o para protegerse contra la falsa apariencia de titularidad del *non domino* es menor al costo en que ha de incurrir el adquirente a *non domino* para descubrir la falsa apariencia, el bien debe serle adjudicado al *adquirente a non domino* (y, por consiguiente, el contrato queda incólume). De este modo, el riesgo de pérdida lo asume el *dominus*, lo cual crea un incentivo a la eliminación de la falsa apariencia de titularidad del *non domino*.
2. Si el costo en que debe incurrir el *verus domino* para evitar o para protegerse contra la falsa apariencia de titularidad del *non domino* es mayor al costo en que ha de incurrir el adquirente a *non domino* para descubrir la falsa apariencia, el bien debe serle adjudicado al *verus domino* (y, por consiguiente, el contrato queda invalidado). De este modo, el riesgo de evicción lo asume el potencial *accipiens*, lo cual crea un incentivo a la investigación y aseguramiento de la realidad de la titularidad que ostenta el potencial *tradens*.

mundo vital del tráfico jurídico, que no puede permitir disputas nacidas de una relación de propiedad oculta y que sale a luz a trasmano, sino que, por el contrario, exige que se pueda confiar en la honrada apariencia de B, en su aspecto exterior de propietario. Se ve, pues, que contienen aquí dos valores culturales poderosos.” HEDEMANN, Justus Wilhem: Tratado de Derecho Civil. Vol. II. , Derechos Reales. Traducción por José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 182.

5 V. COOTER, Robert, MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, PARDOLESSI, Roberto y ULEN, Thomas: *Il mercato delle regole. Analisi Economica del Diritto civile*. Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 157-159: “*Al fine di creare efficienti incentivi, la responsabilità dovrebbe cadere in capo alla parte che può verificare la titolarità al minor costo.*” En el mismo sentido, ver: POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business. Fifth Edition, New York, 1998.

Las soluciones brindadas por los diversos sistemas al conflicto *verus domino-adquirente a non domino* suelen variar. El Derecho romano se inclinaba a favor del *verus domino*, a quien se concedía el derecho de reivindicar lo propio: *Ubi rem meam invenio, ibi vindico*⁶. Dicho principio se acuñó bajo el brocardo *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (no es posible transferir más o mejor derecho que el que se tiene)⁷. El Derecho estadounidense, igualmente, tiende a proteger al *verus domino*⁸, lo cual incentiva a los potenciales adquirentes a protegerse mediante una debida investigación del título del oferente (*due diligence*) y la toma de seguros de título (*title insurance*)⁹. El Derecho civilista tiende a reconocer validez de principio del *nemo plus juris*, pero reconoce importantes territorios de excepción, bajo la teoría de la apariencia¹⁰.

6 HEDEMANN, op. cit. P. 182.

7 MENGONI, Luigi: *Gli acquisti “a non domino”*. Giuffrè, 1968, p. 33 y ss.

8 COOTER *et al*, op.cit., p. 157 y ss.

9 Con algunas excepciones, como ocurre en los pocos estados que mantienen el sistema *Torrens* de registro inmobiliario. “*Under the recording system used in most states, in the event of a break in the chain of title as a result of which the current owner is not the true owner (maybe the register of deeds failed to record a deed that some previous owner had given), the land is returned to the true owner. The current owner protects himself against such an eventuality by buying title insurance, and so receives monetary compensation for his loss. Under the Torrens system in force in some states, the current owner prevails over the true owner, who is compensated from his loss from a public fund.*” POSNER, op. cit., p. 90-91.

10 V., para el Derecho francés: DANIS-FATÔME, Anne: *Apparence et Contrat*. L.G.D.J., Paris, 2004; y para el Derecho costarricense: RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos: *Curso de Derecho Privado*. Volumen II. La Apariencia de la Situación Jurídica. Areté, San José, 2000.

A) PRINCIPIO GENERAL: EL *NEMO PLUS JURIS*.

Para que una enajenación sea válida, el *tradens* debe ostentar legitimación respecto de la cosa. Dicha legitimación proviene de la propiedad sobre el bien, la titularidad sobre el derecho o la debida representación. En otras palabras, el *tradens* debe ser: El dueño de la cosa corporal, el titular del derecho o su legítimo representante. El principio de legitimación, de abolengo romano, se acuña en los brocardos *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat* (nadie puede transmitir a otro mejor derecho que el que personalmente tiene) y *nemo dat quod non habet* (nada da quien nada tiene).

Nuestro ordenamiento tiene posiciones divergentes en materia de venta de cosa ajena, según que se trate de una compraventa civil o una compraventa mercantil. La venta civil de cosa ajena es absolutamente nula. Sin embargo, dicha nulidad se subsana si el verdadero propietario ratifica la enajenación o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida¹¹ (artículos 1061 y 1063 del *Código Civil*). En otras palabras, la falta de legitimación originaria se corrige mediante la adquisición subsecuente del bien. La ley admite una alteración del orden natural de las cosas. Normalmente primero se compra y luego se vende. En el caso previsto por los artículos 1061 y 1063 primero se vende y luego se compra.

La compraventa mercantil de cosa ajena es válida si el comprador ignora dicha tal circunstancia. La promesa de venta mercantil de cosa ajena es válida y el promitente queda obligado a adquirirla y entregarla al comprador. En ambos casos el incumplimiento de las obligaciones de dar y de entregar la cosa se traduce en el pago de daños y perjuicios (artículo 440 del *Código de Comercio*). Dicho incumplimiento se verifica si el *verus domino* reivindica el bien.

Conviene no confundir las *fattispecies* de compraventa de cosa ajena, reguladas en los artículos 1061 y 1063 del *Código Civil* y 440 del *Código de Comercio*, con la figura de la adquisición a

non domino. La figura de la compraventa de cosa ajena no se concibe como una licencia para disponer de lo ajeno, pues ello implicaría negar la esencia misma del derecho propiedad. Se presupone el respeto por el derecho del *verus domino* (verdadero dueño), quien puede reivindicar su pertenencia. Desde el ángulo visual del verdadero propietario, la venta de lo suyo efectuada por un tercero constituye una injerencia ilegítima (*inmissio*) en su propia esfera patrimonial. En principio, el propietario puede reivindicar su bien, por el efecto de oponibilidad *erga omnes* del derecho real. Sin embargo, hay casos excepcionales —que aquí estudiaremos como supuestos de adquisición a *non domino*— en los que la acción reivindicatoria resulta ineficaz, pues el Derecho da por consolidado el derecho del subadquirente de buena fe. La figura de la adquisición a *non domino* supone que el verdadero propietario pierde en forma definitiva su derecho de propiedad. El derecho adquirido a *non domino* no es reivindicable por el *verus domino*.

B) EXCEPCIONES AL PRINCIPIO *NEMO PLUS JURIS*: LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

El requisito de la legitimación presupone que el *tradens* sea el dueño de la cosa o el representante de éste, con poderes suficientes de disposición (poder generalísimo, poder especial debidamente otorgado, etc.). El principio general es el *nemo plus iuris*, conforme al cual nadie puede transmitir a otro un derecho mejor que el que personalmente tiene.

Sin embargo, hay casos de excepción del *nemo plus iuris*, en los que un no-propietario (*non domino*) traspasa a un tercero (adquirente a *non domino*) un derecho que no le pertenece; un derecho que pertenece en realidad a otro sujeto, el verdadero propietario (*verus domino*), a quien se niega el atributo de la restitución y la acción reivindicatoria.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran diversas disposiciones que favorecen al adquirente a *non domino*.

- En materia de compraventa de bienes muebles, dispone el artículo 449 del *Código de Comercio*:

11 Para un caso de compraventa de cosa ajena subsanada por la adquisición subsecuente del bien, ver: *Mauro Arias vs. José Neófito López*, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, número 318 de las 10:30 horas del 30 de septiembre de 2003.

Artículo 449.-

El que de buena fe comprare en un establecimiento abierto al público cosas que sean de su giro normal, no podrá ser privado de ellas, y aunque no pertenecieren al vendedor y dolosamente las hubiere vendido.

- En materia de títulos valores, dispone el artículo 669 bis del *Código de Comercio*:

Artículo 669 bis.-

Quien haya adquirido por justo título, de buena fe y sin culpa grave, la posesión de un título valor, de conformidad con las normas que disciplinan su circulación, adquiere válidamente el derecho representado en el título, aunque el transmitente no sea el titular, y cualquiera que sea la forma en que el titular haya sido desposeído.

Se presumirá el justo título y la buena fe en toda compraventa de títulos valores realizada por medio de una bolsa de comercio legalmente autorizada, en lo cual será suficiente prueba la certificación emitida por la bolsa de comercio a solicitud del comprador, quien podrá hacer valer su derecho ante la autoridad correspondiente.

- En materia de derechos reales inscritos, dispone el artículo 456 del *Código Civil*:

Artículo 456

La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro.

2. EL MITO DE LA SEGURIDAD DE LAS TRANSACCIONES AMPARADAS A LA SEGURIDAD REGISTRAL

¿Otorga, el sistema de publicidad registral, garantía absoluta al adquirente de buena

fe y a título oneroso? Nos gusta pensar que sí. Es reconfortante pensar que basta con efectuar un estudio de registro, y que cualquier dato, hecho o circunstancia que no conste en el Registro Público a la fecha de la transacción, es jurídicamente irrelevante y, por ello, incapaz de perturbar la tranquilidad del adquirente. Conforme a esta concepción idealizada, el sistema de registro público se proyecta como una suerte de ambiente de laboratorio, esterilizado, inmune a las contaminaciones exógenas. Bajo esta idea, la publicidad registral no sólo cumple un rol informativo o descriptivo, sino además una función normativa, al preceptuar que todo lo que no conste públicamente en el Registro debe ser considerado como inoponible a quien contrata sobre la base de la información pública registral. En una palabra, la publicidad registral es tenida como la verdad oficial sobre la situación jurídica de bienes y derechos.

Desde el ángulo visual de un civilista tradicional, criado bajo el dogma de la publicidad registral, suena a anatema afirmar que una realidad extrarregistral llegue a imponerse a la publicidad registral y perjudicar al tercero de buena fe. Los cursos de Derechos Reales normalmente se concentran en el estudio aislado de las reglas de la publicidad registral (artículos 455, 456 y concordantes del *Código Civil*) y, en efecto, a simple vista y ateniéndose al tenor literal -y aislado- de dichas normas, el tercero subadquirente de buena fe y a título oneroso, que contrata al amparo de la publicidad, está a salvo de cualquier perturbación del universo extrarregistral.

Sin embargo, un estudio sistemático de nuestro ordenamiento permite concluir que nuestro sistema de publicidad nunca ha brindado al *accipiens* una garantía absoluta frente a las vicisitudes jurídicas exógenas o externas al Registro. Por más agradable y gratificante¹² que pueda resultar la idea de la protección de las transacciones amparadas al Registro, tal concepción es verdaderamente mítica y no corresponde a la realidad de nuestro Derecho positivo actual.

12 Sobre la tendencia –casi infantil– de los operadores jurídicos a creer en verdades jurídicas perfectas, consistentes y uniformes, ver la –aún vigente– obra de Jerome FRANK, *Law and The Modern Mind*. Tudor Publishing Company, New York, 1936.

En efecto, existen al menos trece fuentes de riesgo transaccional.

3. FUENTES DE RIESGO TRANSACCIONAL

Definimos el **riesgo transaccional** como la posibilidad eventual de que una situación indetectable mediante un estudio de Registro, perjudique o limite el derecho real adquirido al amparo de la publicidad registral.

A) RIESGO DE USUCAPIÓN

La adquisición del derecho de propiedad, por vía de usucapión o prescripción adquisitiva ocurre *ipso iure*, sin necesidad de declaratoria judicial ni de inscripción registral¹³. Desde el preciso momento en que se configuran, en el mundo extrarregistral, los requisitos de la usucapión (posesión decenal quieta, pública, pacífica y a título de dueño, título traslativo de dominio y buena fe¹⁴), nace a la vida jurídica un nuevo derecho real de propiedad. Simultáneamente, el derecho del propietario registral deja de existir, pero el título permanece inscrito. Por consiguiente, quienquiera que derive un derecho real del propietario registral de un bien usucapido por otro, en realidad no adquiere nada. La usucapión *contra tabulas* –admisible en nuestro Derecho positivo ex arts. 853 y siguientes del *Código Civil*) es oponible no sólo al propietario registral del mismo fundo, sino también a sus causahabientes a título universal o particular. La usucapión vence a la publicidad registral. En este caso, la seguridad jurídica del tráfico se inclina ante el valor subyacente a la figura de la usucapión, que es la seguridad jurídica individual del usucapiente y la justicia atributiva a favor del poseedor. Como puede apreciarse, en la figura de usucapión priman otros valores distintos de la seguridad del mercado. Basta reconocer el riesgo de usucapión, para que el marco deóntico del

adquirente diligente se considere ampliado. No basta con hacer un simple estudio de registro. El adquirente potencial, como parte de su mínima diligencia a los fines de evitarse errores inexcusables y daños atribuibles a su propia culpa, debe realizar una investigación de campo para descartar, *in situ*, las situaciones extrarregistrales de usucapión. Cabe agregar que el propietario registral del bien usucapido por otro pierde su propiedad sin contraprestación alguna.

B) RIESGO DE INSUFICIENCIA DE MEDIDA Y OTRAS INEXACTITUDES DEL PLANO Y DEL TÍTULO

Uno de los mayores defectos del sistema inmobiliario costarricense es la falta de concordancia entre el Registro Público, el Catastro Nacional y la realidad física. Como consecuencia de lo anterior, existe el riesgo de que lo adquirido “conforme al Registro” no coincida con la realidad. El adquirente tiene la posibilidad de exigirle al su transmitente –dentro del plazo de un año a partir del otorgamiento del contrato traslativo– el restablecimiento del equilibrio entre precio y medida, a través de la *actio quanti minoris*, regulada en los artículos 1075 a 1080 del *Código Civil*. Sin embargo, los problemas de la falta de concordancia entre el título, el plano y la realidad física no se limitan a las insuficiencias de cabida. Quizá el mayor riesgo es la coexistencia y la superposición de títulos de propiedad sobre una misma parcela.

C) RIESGO DE DUPLICACIÓN Y TRASLAPE DE TÍTULOS

No hay modo de saber, *a priori* y mediante un simple estudio de Registro, si el título inscrito de un bien es el *único* título inscrito respecto de esa misma parcela o lote. Perfectamente cabe la hipótesis de que el título aparentemente perfecto sea, en realidad, un título repetido o traslapado. Tradicionalmente, nuestra jurisprudencia, en aplicación del principio rey de la publicidad, *prior in tempore potior iure* (primero en tiempo, primero en derecho) consideraba que el título más antiguo, o sea, el inscrito primero en tiempo, prevalecía sobre el título más joven. La

13 La sentencia que declara la usucapión no tiene eficacia innovativa, sino eficacia declarativa de reformamiento de una situación jurídica preexistente.

14 Cfr. arts 853 y siguientes del *Código Civil*.

segunda inscripción debía haber encontrado “cerrado el Registro”. La jurisprudencia dominante¹⁵ no favorece al título más antiguo, sino al título del poseedor (esta posición, en nuestra opinión, crea el incentivo perverso a la inscripción e invasión de lo ajeno). Lo cierto es que existe, en nuestro ordenamiento, un riesgo de repetición o traslape de títulos. ¿Cómo se conjura ese riesgo? Una posibilidad es simplemente tomar una póliza de seguros contra el riesgo de evicción. La otra es realizar un estudio minucioso *in situ* y en Catastro para descartar la presencia de indicios de una posesión adversa. Pero la realidad es que, en el estado actual de cosas, no hay mecanismo científico, con seguridad al 100%, para descartar el riesgo de repetición o traslape de títulos y planos. Cabe agregar que el derecho de posesión no es siempre ostensible, razón por la que no basta una simple visita al sitio.

D) *RIESGO DE DEMANIALIDAD (O DE PROPIEDAD ESTATAL)*

Los bienes demaniales —pertenecientes al Estado— están “fuera del comercio” (art. 262 del *Código Civil*). Por consiguiente, no son susceptibles de apropiación privada ni de prescripción adquisitiva. La falta de concordancia entre el Registro Público, Catastro Nacional y realidad física ha redundado en la inscripción, como propiedad privada, de terrenos que en realidad son bienes demaniales. La jurisprudencia ha protegido con celo la propiedad estatal, la que se considera *inalienable e imprescriptible*¹⁶. Por

consiguiente, la publicidad registral no tutela al adquirente de un bien demanial, no obstante encontrarse inscrito en el Registro Público como propiedad privada. La adquisición a *non domino* del artículo 456 resulta inoperante en materia de cosas públicas. En este sentido, el Estado es un *verus domino* todopoderoso.

E) *RIESGO DE PROPIEDAD AGRARIA ADVERSA*

Durante las últimas dos décadas del siglo pasado, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desarrolló el concepto de propiedad agraria, contrapuesta a la civil. La noción de propiedad agraria era una propiedad posesiva: el ejercicio efectivo de los atributos del dominio consistente en la cría de animales y el cultivo de vegetales. En esa época la Sala Primera desdobló dos conceptos: Titularidad y propiedad. Una persona podía ser la titular o propietaria registral de una finca. Pero otro sujeto podía ser el propietario agrario del fundo. Durante esa época de auge del Derecho Agrario, los conflictos entre el titular y el dueño agrario normalmente se dirimían a favor de éste. Por consiguiente, si alguien iba a adquirir un bien, el peor error en que podía incurrir era limitarse a realizar un estudio de registro. Lo verdaderamente decisivo era la investigación de campo, para determinar cuál era la “realidad” de la propiedad posesiva agraria. En esa época la propiedad agraria vencía a la publicidad registral. A lo largo de la primera década de este siglo, Sala Primera parece haber reunificado los conceptos de titularidad y propiedad.

F) *RIESGO DE LIMITACIONES URBANÍSTICAS Y ECOLÓGICAS EXTRARREGISTRALES*

Conviene observar que los bienes inmuebles pueden estar sujetos a importantes limitaciones imperceptibles mediante un simple estudio de registro, provenientes de leyes y reglamentos urbanísticos y ecológicos. Sin que sea este el espacio para tipificar las posibles vicisitudes de orden legal, cabe señalar que las citadas limitaciones pueden impedir el desarrollo del propósito negocial del *accipiens* (*v.gr.*, no se puede construir en terrenos sujetos a la protección de fuentes de aguas). En ciertos casos las

15 A partir de la sentencia número 132 de las 15:30 horas del 25 de septiembre de 1974, la Sala Primera de la Corte adoptó el criterio pro-poseedor, en la hipótesis de títulos repetidos. Dicho criterio se reitera, entre otras, en la sentencia de la misma Sala Primera, número 353 de las 9:30 horas del 14 de diciembre de 1990.

16 Por ejemplo, en la sentencia número 7 de las 15:05 horas del 20 de enero de 1993, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia realizó un recuento histórico de la legislación aplicable a la zona marítimo terrestre —anteriormente llamada la “milla marítima”—.

limitaciones bordean la noción de **privación** de la propiedad o expropiación de hecho¹⁷.

G) *RIESGO DE OBLIGACIONES REALES POR ACCESIÓN COMÚN*

La *accesión* es un modo de adquisición del dominio sobre lo edificado o sembrado por otro en el fundo propio (art. 505 y ss del *Código Civil*). El accedente puede hacer suyo el edificio o plantación mediante el reembolso del valor de los materiales y la mano de obra. El estudio de Registro no indica si existen derechos de terceros propietarios de edificaciones. El que ha edificado en suelo ajeno no pierde su derecho por la enajenación del fundo. Por consiguiente, desde el ángulo visual del potencial adquirente, la existencia de derechos ajenos derivados de la edificación en cosa ajena, constituye una información imposible de discernir mediante un estudio de Registro.

H) *RIESGO DE ACCESIÓN INVERTIDA*

La *accesión invertida* consiste en el derecho de quien edifica en suelo ajeno —típicamente, por extralimitación en las construcciones— para adueñarse del terreno, previo pago de una compensación económica. Si bien el ordenamiento costarricense no contempla dicha figura, la jurisprudencia le ha otorgado carta de ciudadanía¹⁸. Desde el punto de vista del tercero adquirente del fundo, su derecho real puede verse limitado o suprimido en caso de que el accedente ejerza su derecho a la *accesión invertida*.

17 Sobre la distinción entre privación y limitación de la propiedad, ver: PAVAGEAU: Stéphanie: *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*. LGDJ, Paris, 2006, p 244 y ss.

18 Ver la sentencia 751-F-2000, dictada por la Sala Primera de la Corte a las 10:20 horas del 6 de octubre del 2000 y las precedentes allí citadas.

I) *RIESGO DE DONACIÓN RECALIFICADA*

Los bienes donados responden por las obligaciones que el donador tenía al tiempo de la donación (artículo 1402 del *Código Civil*). Este privilegio legal a favor de los acreedores del *tradens* prevalece, incluso sobre el derecho real de los acreedores hipotecarios del donatario. Este riesgo normalmente es detectable mediante un estudio de registro, cuando la causa *donandi* es explícita. Sin embargo, con cierta frecuencia, en la práctica forense, se otorgan compraventas por precios irrisorios y ello suele ser por dos razones: Bien para defraudar al Fisco; bien para ocultar la causa traslativa gratuita. En esta última hipótesis, los jueces se reservan siempre la potestad soberana de recalificar como donación el negocio que las partes calificaron como compraventa (o cualquier otro tipo de contrato oneroso). Esto implicaría que el derecho real hipotecario del acreedor del donatario quedaría expuesto a la acción pauliana de actos gratuitos que, en aplicación del derecho estatuido por el artículo 1402 del *Código Civil*, puede incoar el acreedor del donador.

J) *RIESGO DE ACCIONES PAULIANAS*

El acreedor del *tradens* puede lograr la declaratoria de inoponibilidad o ineficacia relativa de los actos de disposición de su deudor, si demuestra que los bienes que éste conservó resultan insuficientes para honrar la deuda (*eventus damni*) y —tratándose de actos de disposición a título oneroso— que el deudor-*tradens* y el *accipiens* tenían conocimiento del daño que dicho acto causaría al acreedor (*concilium fraudis*). Dicho remedio contra el fraude de acreedores se denomina *acción pauliana* o *revocatoria* y se encuentra reconocido positivamente en los artículos 848 y 1402 del *Código Civil*.

Desde el ángulo visual del tercero subadquirente (el *accipiens*), el simple conocimiento del perjuicio que el acto le ocasiona al acreedor del *tradens*, le representa un riesgo consistente en la exposición a la pérdida del bien adquirido por efecto de la acción pauliana. El bien adquirido queda expuesto a la persecución del acreedor victorioso de la acción revocatoria. Esto implica

que la información que el potencial *accipiens* recabe sobre la situación financiera pasiva de su potencial *tradens*, puede redundar en su propio perjuicio. Tenemos aquí otro caso en el que una realidad extrarregistral puede desactivar la protección del tercero que contrata sobre la base de la publicidad registral. En el caso de la acción pauliana, una fuente de información extrarregistral cobra relevancia jurídica, al grado que un acto de adquisición de un derecho real puede devenir inoponible a un tercero cuyo crédito quirografario no constaba en el Registro a la fecha del perfeccionamiento del negocio adquisitivo.

K) *RIESGOS DE OBLIGACIONES REALES POR MEJORAS Y RETENCIÓN POSESORIA*

La ley le concede ciertos derechos al poseedor condenado a restituir un bien inmueble. Si es un poseedor de buena fe, tiene derecho a que se le indemnicen las mejoras útiles y necesarias. Hasta tanto no se le paguen dichas mejoras, tiene derecho a retener el bien en su poder (artículo 328 del *Código Civil*). Si es un poseedor de mala fe, tiene derecho a que se le indemnicen las mejoras útiles y necesarias, pero no el derecho de retención (artículo 330 del *Código Civil*). Tales derechos pueden ser ejercidos contra el propietario del bien y contra sus sucesores a título individual o particular, por lo que son obligaciones reales extrarregistrales.

L) *RIESGO DE ARRENDAMIENTOS*

Si bien los arrendamientos pueden inscribirse en el Registro Público¹⁹, ello no es obligatorio. El contrato de arrendamiento de inmuebles, regulado por la Ley 7527 *General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos*, no requiere la inscripción, ni para su validez ni para su oponibilidad a terceros. En caso de negocios jurídicos traslativos de dominio, el contrato de arrendamiento mantiene su plena vigencia y el nuevo *dominus* ocupa la posición contractual del arrendante original (art. 75 de la Ley 7527).

En el supuesto de traspaso forzoso por ejecución de una obligación hipotecaria preexistente al contrato, el arrendamiento subsiste por tres años. En la hipótesis de traspaso forzoso por ejecución de una obligación hipotecaria o quirografaria cuya anotación registral sea posterior a la fecha cierta del contrato, el arrendamiento subsiste plenamente. Desde el ángulo visual del adquirente potencial, la existencia eventual de arrendamientos constituye una situación jurídica extrarregistral que afecta el usufructo del objeto del contrato de adquisición. El riesgo se incrementa por el hecho de que el contrato de arrendamiento no siempre es ostensible. Puede perfectamente haber contratos de arrendamiento con condiciones suspensivas o de futura ejecución²⁰.

M) *RIESGO DE FALSEDAD EN LOS ANTECEDENTES DE DOMINIO*

De acuerdo con la tesis dominante en materia penal²¹, la falsedad del antecedente puede implicar la supresión de todos los actos y derechos derivados del *non domino*. En materia civil actualmente campea la tesis inversa. Pero esto, desde nuestro punto de vista es un error, por las razones que pasamos a analizar.

De lo expuesto hasta ahora, se sigue que la idea preconizada por algunos civilistas, de una seguridad plena de las transacciones concertadas con base en la publicidad registral, no es sino un mito. En todos los casos citados --usucapión *contra tabulas*, título repetido sin posesión, titularidad con propiedad agraria adversa, demanialidad, arrendamientos no inscritos, etc.--, el artículo 456 del *Código Civil* no libra al tercero de buena fe de las vicisitudes provenientes del universo jurídico extrarregistral.

19 V. el artículo 49, inciso (d) del *Reglamento del Registro Público* (26771-J).

20 Sobre las situaciones de pendencia de eficacia, ver: PÉREZ VARGAS, Víctor: *Derecho Privado*, pp. 347-350.

21 V. Sala Tercera de la Corte, sentencia número 346 de 3 de abril de 1998.

4. ¿POR QUÉ DEBE PROTEGERSE AL VERUS DOMINO EN LA HIPÓTESIS DE FALSEDAD?

Desmitificada la creencia en la protección a ultranza del tercero de buena fe, cabe analizar, primero en el plano *axiológico*, luego en el plano *exegético*, si en el caso del fraude inmobiliario procede favorecer al adquirente a *non domino*.

a) **Plano axiológico.** La *seguridad del tráfico jurídico* es el valor primario de la adquisición a *non domino*. Conviene, en este punto, hacer una distinción fundamental. Lo normal e ideal es que la publicidad registral concuerde con la realidad jurídica, esto es, que quien figure en el Registro como dueño sea, en realidad, el *verus domino*. Sin embargo, hay situaciones de disociación entre la información sometida a publicidad registral y la realidad jurídica. Las hipótesis de disociación son de dos tipos: a) **Voluntarias:** Se produce una disociación voluntaria cuando el *verus domino* decide, por acción u omisión, que otro sujeto figure en el Registro como propietario registral del bien, *verbigracia*, para evitar la persecución de acreedores; para sacar los bienes de su patrimonio a los fines de frustrar el derecho a gananciales de su cónyuge; o por simple inercia: El retraso en la inscripción de la escritura de adquisición del derecho real. Todas estas hipótesis tienen un común denominador: La discordancia entre la publicidad registral y la realidad jurídica es provocada voluntariamente por el *verus domino*. Correlativamente, es el *verus domino* quien, con su acción u omisión, ha creado o consentido el riesgo de que un potencial adquirente a *non domino* derive un derecho sobre el bien bajo la equívoca representación de que el propietario registral es el dueño sustancial de la cosa; y b) **Involuntarias:** La inscripción de documentos falsos constituye una hipótesis de disociación involuntaria entre la información pública registral y la realidad jurídica. En estos casos, el *verus domino* ni siquiera se percata de la presentación del falso documento en que se usurpa su

identidad y su consentimiento en el acto de disposición de su patrimonio. El *verus domino* que previamente ha inscrito su derecho reposa sobre la convicción de que, sin su consentimiento, el *status quo* registral ha de permanecer inmutable. Vale decir que tampoco el *verus domino* tiene el deber jurídico de revisar a diario que su titularidad registral permanezca intacta.

Nuestra tesis es que debe darse un tratamiento distinto a las hipótesis de disociación involuntaria, del que se da normalmente a los supuestos de disociación voluntaria. En la *disociación voluntaria* es el *verus domino* quien crea y controla el riesgo de enajenación por el *non domino*. La persona que permite que otro figure en el Registro como dueño de lo suyo, con el fin de ahuyentar acreedores o por desidia en la inscripción de su derecho, asume el riesgo de que el *non domino-aparente propietario* enajene el bien a favor de un subadquirente de buena fe. Quien crea un riesgo debe asumir las consecuencias de su materialización. En estos casos, favorecer al adquirente a *non domino* crea un incentivo coherente a la debida inscripción de los derechos. De este modo, la generalidad de *dominus*, al observar de qué manera un sujeto perdió un bien valioso por los actos desleales de su testaferro, tendrán un incentivo a apresurarse a corregir la distorsión entre la publicidad registral y la realidad jurídica.

En la *disociación involuntaria* el *verus domino* no crea ningún riesgo. Por el contrario, el sujeto que ha inscrito su derecho, lejos de buscar riesgos, lo que ha hecho es procurar una posición de seguridad. Se supone que en un Estado de Derecho la inscripción del derecho sirve como mecanismo de protección del propietario frente a inmisiones en su esfera patrimonial. El derecho real inscrito activa la oponibilidad *erga omnes*. En teoría, la inscripción de un derecho real cierra el Registro a la inscripción posterior de cualquier derecho adverso, claro está, salvados los casos de actos consentidos o de legítimos actos de embargo y de remate originados en deudas o garantías consentidas por el *verus domino*. Es claro, entonces, que el *verus domino* de ninguna manera crea el riesgo de la inscripción de documentos falsos y de la subsecuente

adquisición a *non domino*. No sólo no crea el riesgo, sino tampoco lo puede prevenir. El riesgo de fraude es, en efecto, imprevisible y, agreguemos, inevitable. Aun si un propietario paranoico adoptare la rutina de revisar sus bienes a diario y descubriere que el día anterior se presentó el documento falso y, literalmente, corriere a denunciar el ilícito, difícilmente podría obtener una orden de anotación penal del bien antes de que se presente e inscriba el segundo acto a favor del adquirente a *non domino*. Curiosamente, los estafadores suelen ser sumamente eficientes en la inscripción de documentos.

En las *fattispecies* de disociación voluntaria entre publicidad registral y realidad jurídica, la posición pro adquirente a *non domino* crea un incentivo a la inscripción de los derechos. Así, el *verus domino* está seguro, si su derecho está debidamente inscrito a su nombre. A contrario, si el *verus domino* consiente que otro, en su lugar, aparezca como dueño registral, asume el riesgo de enajenación por el *non domino*. De acuerdo con el principio de justicia retributiva, quien crea un riesgo nocivo debe absorber las consecuencias si se llega a materializar el perjuicio. Desde el punto de vista de la eficiencia económica, resulta evidente que el costo en que debe incurrir el *verus domino* a los fines de evitar la falsa apariencia de titularidad del *non domino* resulta menor al costo en que ha de incurrir el potencial adquirente para descubrir la falsa apariencia: Basta con que el *verus domino* haga inscribir su título de propiedad o se abstenga de transferir el bien a un testaferro. Los costos de inscripción son costos comunes a la generalidad de las transacciones.

En las *fattispecies* de disociación involuntaria entre publicidad registral y realidad jurídica, la posición pro adquirente a *non domino* lesiona, en última instancia, la seguridad jurídica de las transacciones. A priori, se diría que el triunfo del adquirente a *non domino* refuerza la confianza general en la publicidad registral. Pero esto es un error. Se trata, en el fondo, de una victoria pírrica. En efecto, el adquirente a *non domino* que hoy consolida su derecho, queda expuesto a sufrir el mismo despojo mediante falsedad documental. ¿Qué impediría que le pase lo mismo que al *verus domino*? La generalidad de derechohabientes y

propietarios legítimos puede concluir que sus derechos inscritos son frágiles y están a merced de los estafadores. El adquirente a *non domino* que hoy triunfa en los tribunales mañana puede perder ese mismo derecho a manos de un falsificador que inmediatamente enajena a favor de un nuevo adquirente a *non domino*. Y en tal caso no podría hablarse de una seguridad del tráfico jurídico, sino de una inseguridad general del derecho de propiedad (*huomo homini lupus*). Se pregunta: ¿Qué le garantiza a cualquier sujeto –incluido el adquirente a *non domino*--, que no va a ser víctima de una expropiación de este tipo? En la realidad, no hay modo de prevenir y eliminar el riesgo de fraude inmobiliario, aun con la revisión cotidiana del Registro Público. Los costos individuales y sociales de una revisión diaria de las inscripciones registrales, aparte de estériles en el plano preventivo, resultan irracionales. A la luz del análisis de eficiencia económica, es claro que el costo en que debe incurrir el conjunto de *verus dominos* a los fines de evitar el riesgo de creación de falsas apariencias de titularidad del potenciales estafadores (*non dominos*) resulta mayor al costo en que ha de incurrir el potencial adquirente para descubrir la falsa apariencia. El adquirente potencial puede descubrir la falsa apariencia mediante un estudio minucioso de antecedentes de dominio y una investigación de campo similar a aquella necesaria para eliminar el riesgo de usucapión, de duplicidad de títulos y de propiedad o posesión agraria adversa. Además, el potencial adquirente es quien se encuentra en mejor posición para exigir a su potencial *tradens* toda la información que demuestre la realidad de su derecho, así como para negociar una garantía de evicción satisfactoria.

Por otra parte, si se reconoce al usucapien-te el derecho de prevalecer sobre el adquirente a *non domino* al amparo del Registro, ¿por qué no reconocerle –en virtud del principio constitucional de igualdad– el mismo derecho al *verus domino*? En el caso de la usucapión, una realidad jurídica extrarregistral, una propiedad sustantiva, prevalece sobre el derecho del subadquirente de buena fe al amparo del Registro. La seguridad del tráfico se inclina ante el derecho sustantivo del usucapien-te.

b) **Plano exegético.** El artículo 456 del *Código Civil* no rige de modo absoluto. Hay supuestos como los arriba indicados, en los que nuestro Derecho positivo permite que otras situaciones extrarregistrales sean impuestas al tercero adquirente de buena fe, cuyo derecho queda sin valor. Por ejemplo, en las hipótesis de adquisición de un bien usucapido por otro, de un bien demanial y de un bien poseído por un tercero que ostenta un título repetido sobre el mismo fundo. Por otra parte, la figura de la falsedad documental, a pesar de su ubicación topográfica en un código adjetivo, tiene su propio cuadro de efectos sustantivos de naturaleza civil. Dispone el artículo 468 del *Código Procesal Penal*: “*Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado. Si es del caso ordenará las rectificaciones registrales que correspondan*”. La supresión del acto y la rectificación registral son efectos propios y especiales de la declaratoria de falsedad documental. Se trata de efectos sustantivos propios de la figura de la falsedad, que no pasan por la nulidad. El concepto de supresión implica la eliminación radical de efectos jurídicos del acto. Esta idea corresponde a la noción de **inexistencia**. No es una nulidad absoluta, pues en nuestro ordenamiento la nulidad llamada “absoluta” no es verdaderamente absoluta, pues es subsanable por prescripción y, además, el acto nulo sirve de antecedente válido de actos subsecuentes (arts. 456 y 837 del *Código Civil*). La falsedad documental puede ser declarada por el juez civil si el delito ha prescrito o si el imputado no aparece o está ausente (art. 397 del *Código Procesal Civil*). En tales casos, el juez civil debe, por especialidad, aplicar directamente los efectos sustantivos de la figura de la falsedad (art. 468 del *Código Procesal Penal*), no los efectos de la nulidad “absoluta” (arts. 456 y 835 del *Código Civil*).

Por nuestra parte, consideramos que en los supuestos de falsedad documental debe hablarse de **inexistencia del negocio jurídico**. En

tal sentido, se ha manifestado la jurisprudencia argentina:

*“Si la escritura de venta ha sido materialmente falsificada, no hay acto jurídico o, para decirlo con más propiedad, estamos en presencia de un acto inexistente.”*²²

*“Transmitida con falso título la propiedad, el dueño verdadero no pasa por la protección de los terceros que contempla el art. 1051 del Cód. Civil, pues no es caso de nulidad sino de inexistencia jurídica del acto”*²³. (el énfasis es nuestro).

Definimos la **inexistencia** como la radical irrelevancia jurídica negocial²⁴, o la total inaptitud de un acto o contrato para producir efectos jurídicos contractuales o negociales. En el ordenamiento costarricense la nulidad así-llamada “absoluta” en realidad, no es *absoluta*. De hecho, un acto absolutamente nulo puede llegar a producir efectos jurídicos muy importantes. Básicamente: El acto absolutamente nulo se puede convalidar por prescripción ordinaria (art. 837 del *Código Civil*)²⁵. Y, además, un acto absolutamente nulo

22 Sentencia de fecha 27 de agosto de 1979, citada por la Cámara Nacional Civil, Sala F., V. : ARMELLA, Noemí: Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Tomo III, Buenos Aires, 1998.

23 Sentencia de 26 de marzo de 1985, Cámara Nacional Civil, Sala C., *ibidem*.

24 V. PÉREZ VARGAS, Víctor: Derecho Privado, pp. 322-323.

25 Ya desde principios del Siglo XX, nuestro tratadista don Alberto BRENES CÓRDOBA, protestaba que “...por una inconsecuencia inexplicable, el Código actual establece de modo indirecto, que la nulidad absoluta es subsanable transcurrido que sea el período de diez años, pues tal conclusión se desprende de la frase que dice, con referencia a la indicada nulidad, que no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, “ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria””. Tratado de las Obligaciones y Contratos, Librería e Imprenta Lehmann, San José, 1936, p. 254.

constitutivo de derechos reales puede servir de antecedente válido de un acto subsecuente ejecutado de buena fe, a título oneroso, al amparo de la información pública registral (artículo 456 *ibídem*). Esta situación se extiende a los demás supuestos de adquisición a *non domino*.

Hay casos totalmente repugnantes al sentido jurídico —como las enajenaciones perpetradas mediante falsedad documental— en las que calificar un acto como “absolutamente nulo” implica reconocer su aptitud para convalidarse por prescripción o para servir de antecedente válido de actos subsecuentes. La única solución es la utilización del concepto de *inexistencia* para desterrar el hecho del ámbito de la teoría del negocio jurídico y reenviarlo al territorio de los hechos ilícitos y el delito.

Aparte de su soporte lógico²⁶, el concepto de *inexistencia* encuentra asidero positivo en el artículo 162 del *Código Procesal Civil*, que preceptúa:

“Los efectos de la cosa juzgada material se limitan a lo resolutivo de la sentencia y no a sus fundamentos, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o la no existencia de la relación jurídica que ella declara.”

En otras palabras: Bien puede establecerse un proceso a fin que se declare la *inexistencia* de una relación jurídica contractual.

El concepto propuesto tiene otros asideros positivos específicos, *v.gr.*, en el ámbito de las cláusulas o actos que se reputan “no escritos”. Por ejemplo, el *Código de Comercio*, en su artículo 30, estatuye que el aumento de

capital efectuado en contravención a las reglas allí preceptuadas “*se tendrá por no realizado*”. Mal podría convalidarse —aun por prescripción— un acto “tenido por no realizado”. Un acto no realizado, lisa y llanamente, *no existe*.

Las nociones de nulidad absoluta e *inexistencia* comparten una *zona de convergencia*, donde ambas confluyen a la erradicación total de efectos jurídicos. En tales hipótesis, resulta indiferente calificar un acto como absolutamente nulo o como *inexistente*.

La distinción entre ambas figuras cobra interés, no en la zona de convergencia apuntada, sino en aquellas *fattispecies* en las que la *nulidad absoluta* permite que el acto produzca efectos jurídicos. Se trata de aquellos supuestos en que el acto absolutamente nulo se convalida por prescripción (artículo 837 del *Código Civil*) y sirve como antecedente o fuente de derivación de situaciones jurídicas válidas (artículo 456 del *Código Civil*). En estos casos, mientras la *nulidad absoluta* pierde su normal ferocidad para tornarse indulgente con el acto, la *inexistencia*, por su parte, mantiene su postura ineludible por suprimir y desgarrar todos los posibles efectos jurídicos del acto. Es, entonces, respecto de estas hipótesis, que interesa discernir entre el acto absolutamente nulo del acto *inexistente*.

¿Cómo discernir en qué casos la noción de *inexistencia* ha de desplazar a la de nulidad absoluta? La respuesta se encuentra en el plano axiológico. El valor que subyace a las hipótesis de actos nulos con efectos jurídicos (artículos 456 y 837 del *Código Civil*) es la *seguridad jurídica*. La prescripción se construye sobre la idea de precluir definitivamente la incertidumbre sobre tal o cual situación jurídica. Igualmente, la protección al tercero de buena fe que deriva del artículo 456 tiene por trasfondo la seguridad del tráfico jurídico. El concepto de *inexistencia* ha de desplazar a la nulidad en aquellos casos en los que: a) No se colma la aspiración a la seguridad jurídica; ó b) Surge un valor preponderante. En otros términos: Se trata de una discusión axiológica concreta.

En suma: El concepto de *inexistencia* que proponemos no es un concepto descriptivo, sino un concepto normativo dirigido expresamente a negar todo tipo de efectos a un acto ilegal, aplicable a aquellos supuestos en los que reconocer al acto en cuestión los efectos que la ley le reconoce

26 En virtud del principio de contradicción: La verdad lógica de una proposición requiere que no sea autocontradictoria. El contrato, definido como manifestación *voluntaria* bilateral o plurilateral conducente a la producción de efectos jurídicos patrimoniales, es irreconciliable con supuestos de hecho como la falsedad documental representativa de un contrato apócrifo, donde no hay manifestación ni voluntad del dante-causa. Tales supuestos constituyen la negación misma del contrato, y a tal postulado se dirige el concepto de *inexistencia* propuesto. V. KANT: *Logique*. Librairie Philosophique J. Vrin, p. 56.

al acto “absolutamente” nulo resulta repulsivo a los valores básicos del ordenamiento jurídico. Es una noción axiológica de la voz “inexistencia”, en alusión, no a lo que no existe, sino a “*lo que no debe ni debió existir*”.

5. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL FRAUDE INMOBILIARIO

En nuestra opinión, el Estado debe responder por los daños y perjuicios irrogados al *verus domino* y al adquirente a *non domino* a raíz del fraude inmobiliario. Dicha responsabilidad deriva de la aplicación de los siguientes regímenes de responsabilidad administrativa:

A) LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA JUNTA ADMINISTRATIVA DEL REGISTRO NACIONAL

La Ley de Promulgación del Código Notarial, número 7764 de 17 de abril de 1998, reformó el artículo 22 de la Ley de Creación del Registro Nacional, número 5695 de 29 de abril de 1975, en los siguientes términos: “*Artículo 22. La Junta Administrativa del Registro Nacional deberá indemnizar a los usuarios por cualquier perjuicio que el Registro Nacional les cause en la tramitación de documentos. Para ello, efectuará los trámites pertinentes, a fin de adquirir una póliza de fidelidad, individual o colectiva, expedida por una institución aseguradora autorizada por la ley.*” El Transitorio V de la Ley 5695, también promulgado por la Ley 7764, dispone: “*Transitorio V.- Hasta tanto no se ejecute lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Creación del Registro Nacional, la Junta Administrativa del Registro Nacional, mediante partida presupuestaria, destinará los recursos necesarios para cubrir los eventuales daños a terceros.*”

Como puede verse, se trata de un régimen de responsabilidad directa, objetiva e integral. No es necesario establecer la culpa de ningún funcionario. Basta con que se acredite el daño o perjuicio en conexión causal con la tramitación de documentos. La tramitación de documentos, naturalmente incluye cualesquiera inscripciones, anotaciones y modificaciones de asientos registrales.

B) LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTUACIÓN LÍCITA

Los artículos 190, inciso primero, y 194 de la *Ley General de la Administración Pública* estatuyen la responsabilidad civil del Estado por actos lícitos y funcionamiento normal, cuando se reúnan las siguientes condiciones: Que se produzca un daño especial, por la pequeña proporción de afectados, o por la intensidad excepcional de la lesión. Este régimen se nutre, en el plano axiológico, de los principios de justicia distributiva y de igualdad ante la carga pública. En el ámbito filosófico, nuestro ordenamiento limita, con esta norma, el principio de utilidad: El beneficio del mayor número. Si un acto es lícito, por beneficiar a la colectividad, pero al mismo tiempo nocivo en perjuicio de unos pocos, resulta equitativo que la colectividad que se beneficia con el acto también soporte su contrapartida. No hay por qué sacrificar al individuo para colmar el interés colectivo. Ese sacrificio individual debe ser trasladado a la colectividad: Y el conducto para que se colme esta aspiración de principio es, precisamente, la indemnización de los daños y perjuicios por aplicación de estas normas: 190, inciso primero y 194 de la Ley General de la Administración Pública. El problema de esta vía indemnizatoria es que el resarcimiento es parcial: Se limita al daño emergente, quedando excluido el lucro cesante.

C) LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALTA DEL SERVICIO PÚBLICO

La *Ley General de la Administración Pública*, en su artículo 190, estatuye el régimen de responsabilidad civil del Estado por falta del servicio público. Se trata de un régimen subjetivo. Para determinar la falta del servicio público se debe contrastar la realidad histórica con un modelo deóntico. Y éste se construye a partir de la pregunta básica: ¿Qué atributos se esperan del servicio público, en el sector de la actividad administrativa a que se refiere el caso bajo examen?

Todo Estado de Derecho debe elegir un sistema de organización de derechos reales inmobiliarios. Nuestro país eligió un sistema de

registro público de derechos reales, desde la promulgación de la *Ley Hipotecaria* de 1865. Posteriormente, se ratificó dicho sistema con la promulgación del *Código Civil*. Nuestro Estado eligió, además, durante buena parte de su historia, instituir como Notarios Públicos a todos los abogados. Posiblemente se consideró deseable facilitar la agilidad de las transacciones, al multiplicar el número de fedatarios públicos. Pero este beneficio colectivo tuvo un precio: El incremento exponencial de los riesgos de fraude.

Como resultado de dichas decisiones públicas, se instituyó un sistema notarial y registral frágil y vulnerable al fraude. Consideramos que la falta de seguridad estática y la correlativa inseguridad dinámica es directamente imputable al Estado a título de falta del servicio público.

D) *RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL DELEGANTE POR LOS HECHOS CULPABLES DEL DELEGADO*

El artículo 191 de la *Ley General de la Administración Pública* establece un sistema de responsabilidad estatal objetiva indirecta por las faltas de sus servidores. Se trata, en efecto de una responsabilidad objetiva del delegante por los hechos del delegado. Al estudiar las actas del debate legislativo relativo a esta disposición (método interpretativo que es válido, de acuerdo con el artículo 10 del *Código Civil*), resulta muy claro que esta disposición se originó como una superación del régimen de responsabilidad subjetiva indirecta del delegante por los hechos del delegado (que encontramos en el inciso tercero del artículo 1048 del *Código Civil*), llamada también culpa *in eligendo* e *in vigilando*; norma que, con anterioridad a la consagración positiva de un régimen de responsabilidad civil o pública especial, se aplicaba uniformemente a todo sujeto de Derecho, incluido el Estado. El artículo 191 de la LGAP creó un sistema de responsabilidad sin culpa del delegante, por los hechos del delegado.

Tradicionalmente, el concepto de servidor público se ha interpretado en un sentido restrictivo. Los notarios no son considerados servidores públicos. Sin embargo, esta idea tradicional debe ser rectificadas. Es evidente que la función del Notario es pública, independientemente de

la falta de un vínculo de subordinación laboral. El Estado delega al notario la función de validar actos, para efectos de producir modificaciones de asientos de un Registro Público. Para los efectos de la responsabilidad indirecta, lo relevante no es el vínculo laboral, sino el vínculo de delegación.

En síntesis, consideramos que el problema civil del fraude inmobiliario debe resolverse *–provisionalmente, hasta tanto no se realice la reforma general que se propone en la segunda parte de este trabajo–*, del siguiente modo:

1. El derecho real de propiedad lo ha de conservar el *verus domino*.
2. Ambas víctimas (el propietario despojado y el tercero defraudado por la publicidad registral) pueden accionar la indemnización de daños y perjuicios contra el Estado.

SEGUNDA PARTE:
SOLUCIONES PROGRAMÁTICAS

Conviene analizar cómo *debería ser* un nuevo sistema costarricense de organización, circulación y protección de derechos reales.

1. DOS MODELOS CONTRAPUESTOS: EL SISTEMA TORRENS Y EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE DE SEGUROS DE TITULO

Existen dos modelos básicos, extremos, de sistemas de registro de derechos de propiedad: a) Los recortados bajo el patrón *Torrens* australiano²⁷, de publicidad registral normativa con protección al tercero de buena fe y un fondo público de indemnización de daños; y b) Los sistemas de registro público informativo, al estilo de los adoptados en la mayoría de los Estados de la Unión Americana, que carecen de protección al tercero de buena fe y donde los adquirentes potenciales se protegen mediante la toma de

27 En alusión a la *Real Property Act* australiana, conocida como Acta *Torrens*. Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. y Vicente L. MONTÉS PENADÉS (Coordinadores): *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 786. Dichos autores califican el modelo *Torrens* como "...el sistema más perfecto de publicidad inmobiliaria registral" (*ibídem*).

seguros de título (*title insurance*). Como puede apreciarse, los riesgos transaccionales se conjuran, en un caso, mediante un seguro colectivo, representado en un fondo público de indemnización²⁸; y en otro, mediante la mutualización de riesgos por vía de seguros individuales. Ambos modelos parten de la idea básica de que los siniestros consistentes en la aparición sorpresiva de derechos preferentes contrapuestos, no han de ser absorbidos integralmente por el damnificado, sino que son trasladados a una colectividad—sea en forma directa mediante la actuación de un fondo público de indemnización, o bien en forma indirecta por los mecanismos de la industria de los seguros de título—.

El problema del sistema costarricense es que, por un lado, se les ha creado a los usuarios—por parte de los mismos operadores jurídicos— la falsa idea de seguridad transaccional al amparo de la publicidad registral—mito que ha quedado destruido en la primera parte de este trabajo—; y por consiguiente, los usuarios, desconfiando en esa falsa precomprensión, realizan sus operaciones sin tomar precauciones contra los verdaderos riesgos subyacentes y, por la misma razón, sin tomar seguros de título. Por otra parte, el Estado les ha prometido a los derechohabientes la oponibilidad *erga omnes* de sus derechos inscritos, pero—al menos bajo la posición jurisprudencial dominante de la Sala Primera de la Corte—se les niega el derecho a reivindicar lo suyo en caso de despojo mediante falsedad seguida de un acto traslativo a favor de un tercero. En fin, los propietarios actuales carecen de verdadera seguridad estática—están a merced de los estafadores—y los propietarios potenciales carecen de verdadera seguridad dinámica—por los abundantes riesgos transaccionales arriba descritos. Además, los adquirentes (a *verus domino* o a *non domino*) se transforman *ipso facto*

en *verus dominos* expuestos a la expropiación mediante falsedad. Tan lúgubre paisaje se remata con la resistencia del Estado a reconocer su responsabilidad por la falta del servicio público consistente en la creación de un ordenamiento jurídico sustantivo profundamente contradictorio y un sistema de publicidad registral riesgoso y vulnerable. Dicha posición estatal implica que cada propietario debe absorber sin protestar su pérdida individual, para “beneficio” de la falsa creencia colectiva en la seguridad de las transacciones, lo cual es un *non sens*.

2. ATRIBUTOS QUE CARACTERIZAN AL SISTEMA COSTARRICENSE ACTUAL

Nuestro sistema actual reúne atributos poco deseables para cualquier Estado de Derecho:

- Inseguridad estática, representada por la vulnerabilidad del sistema registral a la inscripción de documentos falsos.
- Inseguridad dinámica, representada por la existencia de—al menos—trece fuentes extrarregistrales de riesgos transaccionales.
- Multiplicidad de riesgos: Históricamente, todo abogado automáticamente adquiría la condición de notario público y con ello, la posibilidad fáctica de modificar asientos registrales. La cantidad de notarías existentes no resulta de un estudio de necesidades, sino que es un dato accidental.
- Inseguridad técnica: No hay mecanismos confiables estatales de verificación de la autenticidad de las manifestaciones de voluntad del *verus domino*.
- Irresponsabilidad administrativa: El Estado se niega a responder por los daños y perjuicios irrogados al *verus domino* y al adquirente a *non domino* en los casos de fraude inmobiliario.
- Inexistencia de cultura de seguros de título.
- Insuficiencia de fondos colectivos de indemnización.
- Respuestas contradictorias del aparato judicial.

Dicha realidad no se resuelve mediante soluciones represivas ni extravagancias tecnológicas.

28 Sin embargo, en vista de que dichos fondos de indemnización no cubren todos los daños potenciales, no es extraño que los adquirentes se protejan, además, mediante seguros individuales de título. Así ocurre en los pocos estados de la Unión Americana que aún conservan sistemas de registro público tipo Torrens. V. SCHICK y PLOTKIN: *Torrens in the United States*, Lexington Books, U.S.A., 1978, pp. 4-5.

Se requiere una reforma general del Derecho sustantivo y de la infraestructura del sistema notarial, registral y catastral.

3. COSTOS TRANSACCIONALES ACTUALES

Para conjurar los riesgos transaccionales, el adquirente potencial diligente debe, en la actualidad, soportar los siguientes costos transaccionales:

- a) El estudio registral, actual e histórico. Se trata de un estudio especializado, que debe ser realizado por un profesional (un notario);
- b) Una investigación posesoria, para neutralizar los riesgos de usucapión, accesión común, accesión invertida, propiedad y posesión agraria adversas y arrendamientos. Esta investigación tiene un componente fáctico –el estado ostensible de la posesión—y uno jurídico –la posible existencia de derechos posesorios adversos--.
- c) Una investigación topográfica, para verificar, por una parte, la correspondencia del título, el plano y la realidad física del inmueble objeto del contrato; y para detectar posibles duplicaciones o traslapes de planos con los fundos circunvecinos.
- d) Una investigación jurídica de las leyes y reglamentos aplicables al fundo, para determinar la factibilidad jurídica del destino que se pretende dar al inmueble.
- e) Una investigación histórica –tanto jurídica como fáctica—de antecedentes de dominio, para descartar indicios de fraude inmobiliario.
- f) Un seguro de título: Los riesgos transaccionales no pueden descartarse totalmente mediante el *due diligence*.
- g) Una investigación financiera del potencial *tradens*, para neutralizar el riesgo de acciones paulianas.
- h) Además, debe contribuir por vía tributaria al sostenimiento de un aparato registral diseñado para dar la protección y seguridad que en realidad no brinda. Tal contribución se convierte en un gasto sin contrapartida útil.

4. CARACTERÍSTICAS DE UN SISTEMA ECONÓMICAMENTE EFICIENTE

Un sistema económicamente eficiente debe facilitar las transacciones mediante la amonización de costos transaccionales²⁹. A tal fin, se requiere:

- a) Una fuente cierta –y preferiblemente única-- de cognoscibilidad de derechos de propiedad, sus atributos y sus limitaciones. La precisa delimitación de los derechos de propiedad beneficia tanto el potencial *tradens*, quien puede probar fácilmente la existencia y contenidos de su derecho, a los fines de su mercadeo o de la obtención de crédito; como, igualmente, el potencial *accipiens*, quien economiza costos de información en la investigación de título (*due diligence*). *A contrario*, cuando las fuentes de información son múltiples el costo de la información obstruye la concertación de los negocios jurídicos. La incertidumbre sobre

29 Ver sobre este tema: COASE, R. H.: “*The Problem of Social Cost*”, *Journal of Law and Economics*, III, October 1-44, 1972, en: *Economic Foundations of Private Law*, edited by Richard A. POSNER and Francesco PARISI, Elgar Critical Writings Reader, UK, USA, 2002, pp. 207-250; DEMSETZ, Harold: “*Toward a Theory of Property Rights*”, *American Economic Review*, 57 (2), May, 1967, *ibidem* pp. 251-267; CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas: “*Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*”, *Harvard Law Review*, April, 1972, *ibidem* pp. 280-321; NORTH, Douglass C.: *Structure and Change in Economic History*, WW Norton & Company, New York, London, 1981; *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, U.S.A., 2006. FURUBOTN, Eirik G. and RICHTER: Rudolf: *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics (Neue Institutionenökonomik)* The University of Michigan Press, 2000; COOTER, Robert, MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, PARDOLESSI, Roberto y ULEN, Thomas: *Il mercato delle regole. Analisi Economica del Diritto civile*. Il Mulino, Bologna, 1999; BARZEL, Yoram: *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, Cambridge University Press, 1999. y POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business. Fifth Edition, New York, 1998.

la pureza y contenido del título constituye un elemento disuasivo de las transacciones económicas. La **información exacta** es un bien determinante del perfeccionamiento de las operaciones económicas.

- b) **La seguridad estática y oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales.** El propietario debe poder confiar en que el *status quo* de su derecho se mantendrá inalterable a menos que intervenga su consentimiento o *—en los supuestos excepcionales de traspaso forzoso, como en la expropiación—* que medie una justa contraprestación³⁰. No existe, en realidad, una dicotomía o contraposición entre la seguridad estática y la seguridad dinámica de los derechos de propiedad. Por el contrario, a mayor seguridad estática de los derechos, mayor seguridad dinámica. Es más fácil comercializar un derecho sólido e inexpugnable que un derecho raquítico y vulnerable.
- c) **La seguridad dinámica derivada del acceso a seguros colectivos o individuales contra los riesgos transaccionales.** El potencial adquirente debe poder acceder a mecanismos

de **transferencia de riesgos transaccionales.** En los sistemas tipo *Torrens* los riesgos transaccionales son transferidos a un fondo público de indemnización. En los sistemas centrados en el seguro los adquirentes se protegen mediante pólizas individuales.

- d) **La existencia de reglas claras del juego transaccional.** Deben existir reglas precisas y coherentes sobre el perfeccionamiento del contrato y los mecanismos de transferencia del derecho de propiedad³¹;
- e) **Un sistema eficiente de pacificación de títulos y resolución de conflictos.** En este punto resulta crucial la creación de incentivos económicos coherentes.

5. LA AGENDA FUTURA DEL DERECHO COSTARRICENSE

La primera decisión que debe tomarse es si conviene encauzar la reforma de nuestra organización de derechos reales hacia un sistema de publicidad registral normativa, tipo *Torrens*, con protección al tercero de buena fe, o bien en la dirección opuesta, hacia un sistema de registro informativo, sin certificación pública de la existencia de derechos, como el que opera en la mayor parte de los Estados Unidos. La decisión no puede basarse en preferencias subjetivas, sino, principalmente, en **razones económicas de costo-beneficio**, partiendo de nuestra realidad

30 El concepto de derecho subjetivo consiste en un ámbito privativo donde el interés individual prevalece sobre el interés general. El sacrificio del interés particular para la satisfacción del interés general se justifica solamente si la colectividad beneficiaria paga por el beneficio recibido. De otro modo, se está en presencia de una confiscación. En el caso particular de la usucapión, se está en presencia del sacrificio de un interés particular para beneficio de otro interés individual, privativo, el del nuevo propietario que ha adquirido por prescripción. Dicha apropiación sin contraprestación no es sino una confiscación privada. En nuestra opinión, la usucapión se justifica moralmente sólo si media una contraprestación económica justa al usucapido. Sin perjuicio de la discusión sobre la justificación actual de la figura de la usucapión, en lo que concierne al tema de nuestro estudio resulta claro que la usucapión subrepticia actual, que mata el derecho real adverso a espaldas de la publicidad registral, como un tumor maligno oculto, muy poco contribuye a la seguridad del tráfico jurídico.

31 La combinación de un sistema consensual de transmisión de propiedad *inter partes*, con un sistema de oponibilidad a terceros mediante publicidad registral --propia del Derecho costarricense--, no es sino un intento infructuoso de mezcla de agua y aceite. De dicho experimento no ha derivado más utilidad que el goce académico de las *sutilezas* del efecto traslativo *inter partes* y el efecto traslativo *erga omnes*. Tales refinamientos no reditúan provecho alguno y, por el contrario, son fuente de **contradicciones insalvables**: Antes de la inscripción de la compraventa, el vendedor es, *vis-à-vis* a su comprador, el ex propietario y garante de evicción; pero sigue siendo el dueño frente a terceros. Resulta difícil concebir cómo ha podido subsistir tanto tiempo semejante esquizofrenia institucionalizada.

actual. No se trata de una decisión *in abstracto*, sobre cuál sistema es mejor. Ambos modelos funcionan razonablemente en países desarrollados. Es preciso partir de la realidad concreta vigente. Ello no implica adherir *a priori* el sistema de publicidad normativa. Es evidente que nuestros legisladores de finales del Siglo XIX tuvieron en mente un sistema de registro público idóneo para facilitar las transacciones, con protección al tercero de buena fe. La idea de un registro público de derechos que sirva de soporte fidedigno de las operaciones económicas resultaba muy atractiva, por comparación a complejas e inseguras investigaciones de títulos. Sin embargo, la idea original resulta muy distante nuestra realidad actual, según quedó expuesto en la primera parte de este trabajo.

No puede aceptarse *a priori*, sin previa reflexión y análisis económico, que lo que convenga sea reforzar el sistema de publicidad normativa. Bien podría ocurrir que el camino más corto y menos costoso para llegar a un sistema de organización de los derechos reales con las características de eficiencia arriba apuntadas, sea convertir el Registro Público en un registro de publicidad informativa sin protección al tercero de buena fe, y dejar que los riesgos transaccionales sean asignados al adquirente y simultáneamente transferidos o mutualizados por vía de pólizas de seguros. Esta hipótesis debe ser considerada seriamente y sometida a una ponderación costo-beneficio.

En caso contrario, de llegar a mantenerse la decisión ancestral a favor del registro de publicidad normativa, lo primero que debe organizarse es colectivización de los riesgos mediante la creación de fondos públicos de indemnización. No puede asignarse al *verus domino* la pérdida

derivada del inadecuado funcionamiento del sistema registral. Tales pérdidas deben trasladarse a la colectividad beneficiaria de la publicidad normativa. En segundo lugar, debe realizarse equiparación entre títulos, planos y la realidad física de las parcelas, lotes y fincas, a fin de asegurar: Que todo el territorio nacional quede inscrito; y que cada finca cuente con un plano único y un registro único. Dicho fin no puede alcanzarse sin la instauración de un proceso de pacificación y purificación de títulos, con jueces y peritos especializados. En tercer lugar, deben someterse a publicidad registral todas las reglamentaciones urbanísticas, ambientales y de cualquier otra naturaleza que afecten a cada fundo, a fin que baste un estudio de registro para conocer integralmente el contenido y limitaciones del derecho en cuestión. En cuarto lugar, deben revisarse, una a una, las instituciones sustantivas incluidas en el elenco de "riesgos transaccionales" (ver *supra*), y promulgar las reformas legales necesarias a fin que ninguna de ellas tenga vida autónoma extrarregistral, todo con el propósito de que el potencial adquirente y la generalidad de los usuarios, de un solo golpe de vista, puedan conocer la verdadera y completa situación jurídica de cada inmueble. En quinto lugar, nada mal vendría estatuir reglas claras y coherentes del juego transaccional, lo cual implica corregir el añejo error histórico que implicó la combinación de sistemas incompatibles de transmisión consensual y publicidad normativa. En sexto lugar, sería muy bienvenida la ayuda tecnológica necesaria a los fines de la construcción de murallas para repeler la inscripción de documentos apócrifos. Y, finalmente, quizá convenga reorganizar la cuestión del notariado público, pero ese tema es harina de otro costal.