

HACIA UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA COMPROVENTA DE LA TIERRA *

La compraventa de tierras (*sale of land*), como la mayoría de los aspectos legales que se relacionan con la propiedad de la tierra, ha constituido un tema poco explorado en el derecho comparado.¹ Cuando uno se avoca a la tarea de realizar una investigación comparatista amplia y profunda sobre dicho tema,² se tiene la sensación de encontrarse buscando, a tientas, un sendero a través de un paraje desconocido y envuelto en tinieblas. Este ensayo constituye un intento de identificar y describir algunas de las características más importantes de dicho paraje. Dejando atrás la metáfora, puede decirse que el propósito de este trabajo es el desarrollo de algunas nociones preliminares que puedan ser de utilidad para la preparación de un estudio comparativo de la compraventa de tierras. Más concretamente, se consideran tres cuestiones: 1. ¿Qué es lo que se vende? 2. ¿Cuál es la estructura legal de dicha transacción? 3. ¿Cómo se logra la simplicidad y la seguridad en la compraventa de la tierra? Por supuesto, existen muchas otras cuestiones, pero éstas parecen tener una especie de prioridad lógica, que espero podrá percibir el lector que tenga suficiente interés y posea el ánimo necesario para seguirme hasta el fin.

I. *¿Qué es lo vendido?*

Resulta elemental desde el punto de vista de la jurisprudencia analítica que la cosa en sentido estricto (en este caso un terreno) no es el objeto de la transacción. Decir que la tierra es vendida es echar mano de una forma de expresión más cómoda, pero menos precisa. En la actualidad se considera que el objeto de la compraventa es un derecho, o mejor, un conjunto de relaciones jurídicas respecto de la tierra. Nuestra primera pregunta se refiere a la naturaleza de las relaciones jurídicas que son afectadas, en los grandes sistemas

* Este trabajo fue originalmente publicado en el volumen de homenaje a Max Rheinstein: *Ius Privatum Gentium: Festschrift für Max Rheinstein*, Vol. II, pp. 737-759, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969. (N. del T.)

¹ Los trabajos comparativos más importantes sobre el derecho de propiedad, incluyendo la propiedad de la tierra, son los de Lawson, *Introduction to the Law of Property* (1958), y de Noyes, *The Introduction of Property* (1936). Para una útil introducción, cfr. Rheinstein, *Some Fundamental Differences in Real Property Ideas of the Civil Law and Common Law Systems*, 3 "Chi. L. Rev". 624 (1936).

² Este ensayo puede ser considerado como un trabajo previo a la prevención de un capítulo sobre Compraventa de la Tierra ("Sales of Land"), que se incluirá en el volumen VIII/1 de la *International Encyclopedia of Comparative Law*.

jurídicos, cuando se vende la tierra. Para tal propósito, se tomarán en cuenta tres sistemas de señalada importancia: el sistema romanista de Europa Occidental y Latinoamérica, el Anglo-American y el de los países socialistas de Europa Oriental y la Unión Soviética.³ En un sentido muy amplio, puede decirse que el objeto de la compraventa en el primer sistema es "la propiedad"; en el sistema Anglo-americano es el *fee simple* y en los sistemas socialistas algo demasiado complejo para resumirse en una sola frase. Comenzaremos por analizar el primer sistema.

El concepto romanista de la propiedad es un producto de la aplicación del pensamiento de "la Ilustración" a un conjunto de elementos jurídicos procedentes del Derecho Romano. Dicho concepto fue acuñado con el tipo de precisión lógica característico de aquel periodo de la historia de Europa que contempló la introducción de la moneda decimal y la adopción de las pesas y medidas basadas en el sistema métrico decimal. Los principales axiomas, para nuestros propósitos, son dos:

1. Dondequiera que la tierra sea objeto de derechos (*i.e.*, las llamadas tierras vacantes no serán tomadas en cuenta), uno de esos derechos es la "propiedad". En otras palabras, para cada fracción de tierra hay un propietario.

2. Existe un conjunto de derechos reales sobre la tierra, pero la distribución de tales derechos reales entre diferentes individuos no afecta a la "propiedad" de la tierra. No importa que tan diseminados se encuentren tales derechos, siempre habrá una persona a la que pueda identificarse y a la que se atribuya la "propiedad".

Es bien sabido que el concepto romanista de la propiedad es en ciertas circunstancias altamente técnico y artificial, muy diferente de lo que generalmente se entiende cuando se utiliza en sentido descriptivo. El enfoque descriptivo clásico del concepto de propiedad lo concibe como la suma de tres tipos de derechos: el derecho exclusivo a percibir los frutos o la renta de la tierra, el derecho exclusivo de poseer y usar la tierra y el poder exclusivo de enajenar la propiedad. Sin embargo, en todos los sistemas romanistas es posible que, a pesar de que el "propietario" se encuentre permanentemente privado del derecho a recibir los frutos y del derecho a usar y ocupar la tierra, se le siga considerando como tal "propietario".⁴ Bajo ciertas circunstancias

³ El autor desea expresar su reconocimiento a Jan Peter Waehler, investigador asociado del Instituto Max Planck, por su invaluable auxilio en la preparación de las partes de este artículo que se refieren al derecho socialista.

⁴ Por ejemplo, cuando se tiene el usufructo, del que la *life tenancy* del Common Law constituye una institución, en cierta forma, equivalente. En la tradición romanista los derechos de las partes se denominan "propiedad" y "usufructo", mientras que en la tradición anglo-americana los términos equivalentes son "revision" o "remainder" y "life estate".

puede incluso privársele del poder de enajenar la propiedad,⁵ pero aun así es el "propietario", pues la "propiedad" le es inherente.

Para algunas personas parece extraña la idea de propiedad sin el derecho a los frutos, al uso y el poder para enajenar. Ciertamente es ésta la impresión de los abogados formados dentro del *common law*, cuando se encuentran con este fenómeno por primera vez. Sin embargo, esto tiene su razón de ser y también se puede encontrar una analogía dentro del *common law*. Resulta muy conveniente tener un sistema jurídico dentro del cual cada fracción de tierra pueda identificarse con una persona responsable, ya sea física o jurídica, a quien se considera "propietario". En este sentido puede decirse que, en los sistemas romanistas, el derecho de propiedad corresponde a la *seisin** del antiguo derecho inglés, ya que siempre la tenía alguien —"the seisin could not be in abeyance"—; la posibilidad de identificar a la persona que tenía la posesión implicaba una conveniencia administrativa, ya que la persona a quien se atribuía la posesión estaba obligada a presentar al señor de la tierra ciertas obligaciones de tipo feudal y era titular de ciertos derechos asociados a la tenencia (*tenure*) de la tierra. En los sistemas romanistas modernos el "propietario" puede ser responsable del cumplimiento de ciertos deberes cívicos (incluyendo el pago de los impuestos a la propiedad) e históricamente ha gozado de ciertos derechos políticos, p.e. para votar y ocupar puestos públicos. Por supuesto, estos atributos de la propiedad han cambiado desde que en el hemisferio occidental tuvieron lugar la desfeudalización del derecho de propiedad y la democratización del gobierno y la sociedad durante los siglos XVIII y XIX. No obstante, lo conveniente del concepto jurídico de "propiedad" continúa haciéndolo un medio para la determinación de derechos cívicos y de obligaciones de diversa índole.

La idea de que siempre existe alguien a quien se puede señalar como "propietario" implica necesariamente que la propiedad no puede hacerse desaparecer al dividirla en sus diversas facetas, tanto funcionales como temporales, y distribuirla entre varias personas. Pero esto es precisamente lo que el *common law* permite. Lo anterior puede ilustrarse con la descripción de un proceso que merece ser incluido en una antología, por constituir una gran decisión de la propiedad: *Piercy v. ETFAS*.⁶

⁵ Por ejemplo, cuando el propietario es el primer adquirente en una sustitución fiduciaria (*first taker under a fiduciary substitution*). Si al mismo tiempo la tierra está sujeta a usufructo en favor de un tercero, el propietario carece de los tres derechos que componen el derecho de propiedad.

* *Seisin* es un término técnico del *common law* que no tiene una correspondencia precisa en ninguna expresión jurídica de lengua española, ya que conlleva algunos matizos del derecho feudal. Tiene cierta relación con la *posesión*, pero no se confunde con ella. (N. del T.)

⁶ Sentencia del Tribunal de Oristano, pronunciada con fecha 15 de marzo de 1956, que no fue publicada. Existe un comentario de la decisión que incluye algunos extractos de la misma, en "Foro it." I, 1020 (1956).

El mayor Piercy, de nacionalidad inglesa, tenía una extensa propiedad en Cerdeña. ETFAS son las siglas de la dependencia gubernamental encargada de la adquisición y distribución de la tierra agrícola de acuerdo con el programa de reforma agraria de Cerdeña. El mayor Piercy tenía esposa e hijos, así que cuando llegó el momento de dejar arreglados sus asuntos, acudió al abogado de la familia en Londres y otorgó un testamento de tipo inglés, celebrando un *trust* * testamentario que establecía derechos hereditarios vitalicios, puros y condicionados, determinados e indeterminados, actuales y en potencia, en favor de los miembros de su familia. En los términos del testamento, la propiedad sarda formaba la mayor parte del "corpus" del *trust*. Nada parece indicar, por el texto del testamento, que al mayor Piercy o a su abogado se les ocurriera que su intento de imponer en territorio italiano las disposiciones de un acto jurídico realizado conforme a las leyes inglesas pudiera provocar ciertos problemas.

A la muerte del mayor Piercy, una parte de la tierra fue señalada como objeto de expropiación y distribución por parte de la ETFAS. De acuerdo con las disposiciones en vigor, la ETFAS debía señalar como contraparte en el procedimiento de expropiación al propietario de la tierra. La ETFAS optó por los que habían sido designados como *trustees* en el testamento del mayor Piercy, entre los cuales se encontraban la viuda, que además era la beneficiaria de un derecho real vitalicio sobre parte de la tierra que no sería afectada por la expropiación, y los hijos, quienes también heredaron ciertos derechos menores sobre otros bienes. Ninguno de los principales beneficiarios del *trust* era *trustee* y ningún beneficiario del *trust* —del que la tierra formaba la mayor parte— fue notificado. Aparentemente no se presentó oposición alguna: la tierra fue expropiada y repartida y el valor de lo adjudicado fue pagado a los *trustees*. Pasado algún tiempo, los principales beneficiarios del *trust* interpusieron acción reivindicatoria de la tierra y demandaron el pago de los daños provocados con la retención de la misma, alegando que el juicio se había llevado equivocadamente en contra de sujetos distintos de los que verdaderamente eran partes y que, por lo tanto, la expropiación había sido ilegal.

El problema fundamental consistía en que el testamento del mayor Piercy, que empleaba conceptos del derecho inglés, no señalaba propietario de la tierra. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión acerca de quién sea el "propietario" de la tierra sometida al *trust*, sólo puede contestarse de dos maneras de acuerdo con el derecho inglés: o ninguno de los beneficiarios es el propietario o tendrá que concluirse que la propiedad se encuentra dividida y distribuida entre todas aquellas partes que tengan uno o más derechos sobre la tierra. En el caso que nos ocupa, un buen número de personas tenía tales

* El *trust* es una institución peculiar del *common law*, que presenta ciertas similitudes con el *fideicomiso* del derecho civil, pero que en modo alguno debe identificarse con éste. (N. del T.)

derechos, de acuerdo con el testamento, pero era imposible caracterizar a cualquiera de tales derechos como propiedad. No es necesario detenernos a examinar la solución a que llegó el juez del tribunal de Oristano, a través de un admirable y concienzudo fallo, pues es el valor ilustrativo del problema lo que atrae nuestra atención. En Italia, donde el sistema jurídico utiliza el concepto romanista de la propiedad, la norma aplicable supone que independientemente de la forma en que se dividan los derechos que integran la propiedad, siempre habrá un propietario y, en consecuencia, tal persona debe ser designada como demandada y notificada al efecto. De acuerdo con el sistema angloamericano, que no conoce un concepto equivalente, tal designación carece de importancia.

Si bien es exacto que en el derecho de propiedad angloamericano también se puede detentar el *unencumbered "fee simple absolute"** y que aquel que tenga tales derechos es, en muchos conceptos, equivalente al propietario de la tierra libre de gravámenes y restricciones que se conoce de los sistemas romanistas, el *fee simple absolute* puede ser desmembrado y sus partes distribuidas entre varios sujetos. Cuando esto sucede, como ocurrió en el caso del testamento del mayor Piercy, el *fee simple* desaparece como una unidad y se disemina entre los detentadores de los derechos menores. En los sistemas romanistas la propiedad no puede ser desmembrada de este modo: si bien es posible constituir a favor de terceros una serie de derechos reales que restringen *de facto* el derecho del propietario, éste continúa siendo legalmente "propietario" y, en teoría, aquellas personas que tienen derechos reales sobre la tierra, distintos del de propiedad, no participan de este último.

La diferencia fundamental entre el concepto romanista de propiedad y los diversos tipos de derechos sobre la tierra que existen en el derecho angloamericano, puede ilustrarse por medio de una sencilla metáfora: imaginemos al concepto romanista de "propiedad" como una caja sobre la que se ha escrito la palabra "propiedad", de modo que quien tenga la caja sea el propietario. En caso de que el derecho de propiedad sea pleno y sin gravámenes, la caja contendrá determinados derechos que comprenden el de uso y ocupación, el de percibir los frutos o la renta y el poder de disposición. Así las cosas, el propietario puede abrir la caja, retirar uno o más de tales derechos y transferirlos; pero, en tanto conserve la caja, seguirá teniendo el derecho de propiedad, aun cuando la caja esté vacía. La diferencia con el derecho angloamericano de propiedad es simple: en este último sistema no existe caja alguna. Existen sólo un conjunto de derechos y el titular del *fee simple absolute* tiene la mayor proporción posible de tales derechos, mismos que pierde al transmitirlos.

* *Fee simple absolute* es una expresión típica del *common law* que no encuentra equivalencia en el *dominio absoluto* del derecho de propiedad de tipo continental, pues una característica importante del derecho territorial anglosajón es justamente la de que en éste no existe el "dominio". (N. del T.)

Este concepto jurídico tan diferente puede remontarse a la declaración hecha poco después de la conquista normanda por Guillermo el Conquistador en el sentido de que la tierra en Inglaterra era propiedad de la corona. Siguiendo con nuestra metáfora: el rey tenía la caja y la retenía siempre. La tierra fue distribuida entre detentadores, pero el rey permaneció como el propietario supremo y, en consecuencia, el derecho de propiedad se ocupó fundamentalmente de la tenencia de la tierra (*tenure of land*), más que de regular la propiedad de la misma. Este acontecimiento, tan antiguo como trascendental, afectó permanentemente al derecho angloamericano de propiedad. La idea de que el rey o el estado eran propietarios de la tierra dejó de tener trascendencia alguna desde hace mucho tiempo, pero sus efectos en las concepciones vigentes han perdurado. Existe un buen número de fuerzas tendientes a hacer aparecer al dominio simple y absoluto como la propiedad, pero no han logrado construir la "caja" del derecho romanista. El concepto básico que opera actualmente es el de "estate" o "interest" sobre la tierra (*in land*); dicho concepto está tan arraigado en el derecho de propiedad angloamericano, que sólo una reforma total —acaso fuera más adecuado el término "revolución"— podría desraigarlo.

El concepto romanista de "propiedad" fue conocido por los sistemas jurídicos de Europa Oriental antes del advenimiento del socialismo y ha sido conservado desde entonces (si bien el significado socioeconómico de dicho concepto ha sido drásticamente modificado, sobrevive el concepto técnico jurídico de "propiedad" en la forma romanista). En cierto sentido, la propiedad conserva su significado antiguo, pues toda la tierra tiene un propietario y la propiedad no desaparece por el hecho de dividirse y distribuir sus partes entre diferentes personas. Al igual que en los sistemas jurídicos no-socialistas, la integridad del concepto de "propiedad" proporciona un medio de gran utilidad para ordenar y distribuir los derechos y las obligaciones políticas. Pero donde toda la tierra (como en la Unión Soviética), o por lo menos una gran parte (como en otros estados socialistas),⁷ es objeto exclusivo y permanente de propiedad por parte del estado, la típica transmisión de los derechos sobre la tierra se han convertido en algo muy diferente de la misma operación de traslado de dominio en los sistemas occidentales.

⁷ Aun en estos países socialistas existen limitaciones a la cantidad de tierra que pueden tener en propiedad los particulares. En algunos de ellos se considera la existencia de la propiedad privada como un fenómeno temporal que dará paso a la socialización absoluta de la tierra. La teoría dominante sostiene que la socialización de la tierra tendrá lugar espontáneamente, mediante la agrupación voluntaria en colectividades agrarias por parte de los agricultores que actualmente son propietarios de tierras. Compárese la expresión de este punto de vista en Erofeev, *Sovetskoe zemelnoe pravo*, Moscú, 1965, pp. 284 y ss., con el artículo III, 2, de las Disposiciones Fundamentales de la Constitución Yugoslava de 1963: "Se garantizará a los agricultores el derecho de propiedad sobre tierra cultivable hasta un máximo de diez hectáreas por cada familia."

Tomemos por ejemplo el caso de la Unión Soviética,⁸ donde toda la tierra ha sido nacionalizada. La propiedad ha correspondido y corresponderá al estado. Al igual que en el caso de la corona inglesa de los primeros tiempos, el estado es el dueño de la "caja". En consecuencia, las personas físicas y morales que actualmente usan y ocupan la tierra son únicamente poseedoras de la propiedad del Estado. La sustitución de la tenencia por la propiedad presenta ciertas semejanzas formales con la determinación o tenencia de la tierra en los sistemas medievales de propiedad feudal, en particular con el de Inglaterra. Esta analogía puede llevarnos bastante lejos. Existen detentadores principales (*tenants-in-chief*), que detentan directamente del supremo propietario (por ejemplo, el koljós o el sovjós) y detentadores o poseedores *mesne*, que tienen la posesión a través de los detentadores principales (por ejemplo, los miembros del koljós con respecto de sus parcelas individuales). La tenencia es de diferentes clases, dependiendo del tipo de actividad que el detentador realiza (por ejemplo, producción agrícola, producción industrial, mercado, comercio o habitación). Tal como sucedió con la tenencia feudal, estas distintas formas de tenencia socialista implican no únicamente una amplia gama de obligaciones por parte del detentador, sino también diversas restricciones al uso y transmisión de la propiedad inmueble detentada. Este y otros paralelismos formales entre la tendencia socialista y la tendencia feudal, hacen posible la elaboración de complicadas teorías sobre la tenencia de la tierra en la Unión Soviética, que la caracterizan como un "retroceso" hacia las poco afortunadas circunstancias económicas y sociales que imperaban en Europa antes de la Revolución Francesa. Sin embargo, dicha analogía formal ignora la diversidad de contenidos de las relaciones jurídicas, económicas y sociales inherentes al sistema de tenencia de la tierra en la Unión Soviética. No es necesario ser un entusiasta del sistema soviético para insistir en que existe una enorme diferencia con respecto del sistema feudal del medioevo, con el que se le compara en una forma por demás superficial.

Nos hemos venido preguntando qué es lo que se transfiere cuando se enajena la tierra. Obviamente, en la Unión Soviética no es la propiedad, puesto que reside permanentemente en el estado. Lo que se transfiere debe ser otro conjunto de relaciones jurídicas, a las que se puede denominar "la tenencia socialista". ¿Existe diferencia alguna? Si el detentador (*tenant*), de acuerdo con la tenencia socialista, recibe la tierra por tiempo ilimitado y gratuitamente (lo que comúnmente sucede), y si la tenencia le permite poseer y usar de la

⁸ La discusión sobre el derecho de propiedad de la tierra en la Unión Soviética se basa en su mayor parte en las por mucho tiempo esperadas "Bases del Derecho de Propiedad de la Tierra en la Unión Soviética y las Repúblicas Miembros", *Vedomosti Verchovnogo Soveta SSR* 1968, No. 51, Pos. 485, también publicadas en "Izvestia" el 14 de diciembre de 1968. Estas Bases entraron en vigor el 10. de julio de 1969; posteriormente, se expedirán códigos regulando la propiedad de la tierra en las diferentes Repúblicas miembros. Las disposiciones de tales códigos desarrollarán y detallarán las disposiciones generales contenidas en las Bases.

tierra e incluso transferir su tenencia a otros,⁹ *inter vivos* o *mortis causa* (desde luego, con sujeción a una serie de limitaciones), podría pensarse que no existiera diferencia sustancial entre la propiedad occidental y la tenencia socialista. De acuerdo con este punto de vista, la retención técnico-jurídica de la propiedad por parte del estado sería un mero formalismo y la tenencia socialista desempeñaría una función equivalente a la de la propiedad, lo cual importaría que el detentador tendría la propiedad, sólo que con otro nombre. Este argumento no deja de ser atractivo.¹⁰ Sin embargo, existen tres factores que hacen que parezca poco convincente.

En primer lugar, existe una fundamental diferencia de actitud entre un sistema jurídico en que el estado tiene tanto el *imperium* como el *dominium* y otro en que sólo tenga el *imperium*. Entre la proposición de que el detentador sólo tiene aquellos derechos que le han sido concedidos por el estado y la de que la propiedad individual únicamente está sujeta a regulación por parte del estado existe una gran diferencia conceptual. El efecto operativo de esta diferencia dependerá del impacto que tengan las ideas o teorías económicas, sociales y políticas dentro del estado en cuestión. En efecto, la insistencia soviética en la titularidad del derecho de propiedad de todas las tierras por parte del estado es producto de las teorías dominantes. La nacionalización de la tierra fue proyectada para tener consecuencias concretas y, si bien es cierto que ha decrecido el fervor del periodo revolucionario, los principios que fundamentaron esta nacionalización siguen en vigor en la Unión Soviética. Si bien es cierto que constituiría una simplificación excesiva atribuir a un principio jurídico esta diferencia de actitud, parece más fácil llegar a un principio similar al de "*substantive due process*" en los Estados Unidos y en los otros sistemas occidentales que en la Unión Soviética. Parece más factible que la idea de que existen ciertos límites, los cuales no pueden rebasar el estado en la reducción del contenido económico del derecho de propiedad sin proveer indemnizaciones al efecto, arraigue en las concepciones jurídicas de una nación en la cual los particulares sean propietarios de tierras.

No obstante, existe una diferencia más técnica que con el tiempo deberá tener importantes consecuencias. Cuando la propiedad se deposita y permanece en el Estado, las características técnicas artificiales del concepto, tal y como se presentan en la tradición romanista, son desplazadas del campo de las transacciones jurídicas sobre la tierra. En su lugar entran en juego otras concepciones jurídicas y no parece necesario que presenten las mismas características

⁹ Técnicamente hablando, el detentador socialista no tiene el poder para transmitir sus derechos sobre la tierra. Sin embargo, más adelante se demostrará cómo el derecho a transmitir la propiedad sobre las casas o parte de ellas implica el poder para transmitir la tenencia de la tierra adyacente a la casa. Otro tanto puede decirse en materia de sucesiones.

¹⁰ Raiser, *Das Eigentum als Rechtsbegriff in den Rechten West und Osteuropas*; en 26 Rabelsz 230 (1961).

que las que se han desarrollado en torno a la propiedad romanista. Ciertamente, el hecho de que la propiedad continúe existiendo, no obstante haber sido reemplazada por el monopolio del estado, hace factible que las nuevas concepciones jurídicas operantes, tales como la que he denominado "tenencia socialista", adquieran características propias, aunque sólo sea para diferenciarse cada vez más de la propiedad. Por tanto, los derechos reales respecto de la tierra podrán dividirse en diferentes formas, los controles del poder público sobre el uso de la tierra podrán adoptar diversas formas legales y los "propietarios" podrán no ser los destinarios de los derechos y deberes políticos relacionados con la tenencia de la tierra.

Los historiadores del Derecho consideran que la idea de que en Inglaterra el Rey fuera el propietario de la tierra es, en parte, la causante del peculiar sistema de derechos sobre la tierra (*Legal and equitable present and future interest in land*) que constituye una de las características sobresalientes del derecho angloamericano.

Parece verosímil sugerir que el efecto de la nacionalización de la tierra en la Unión Soviética, será el de convertir a su derecho de propiedad sobre la tierra —incluyendo el derecho que regula su transmisión— en un sistema más próximo al del derecho anglo-americano que al de los sistemas romanistas. No existe razón alguna para predecir que el derecho soviético llegará a incluir algo que se asemeja a los sistemas de *estates* y *trusts* del derecho angloamericano. Pero, al liberarse del rigor de la propiedad romanista, se abren posibilidades que son de particular interés y que probablemente provocarán reacciones de simpatía en la mente de los juristas del *common law*.

La tercera y más importante de las razones por las que la propiedad capitalista y la tenencia socialista no pueden ser equiparadas es el conjunto de fuerzas que en la Unión Soviética concurren para hacer que la tierra quede fuera del comercio. La diferencia fundamental estriba en que la tierra, que es propiedad del estado y cedida sin cargo alguno a personas físicas y morales para su uso y aprovechamiento, no puede ser "vendida" por ellos. La celebración de cualquier compraventa implicaría un "enriquecimiento sin causa". Las transacciones de este tipo son nulas de acuerdo con el derecho soviético y las partes que intervengan en ellas pueden ser consideradas como copartícipes en la comisión de un delito. Más adelante se demostrará que la tenencia socialista de la tierra, detentada por particulares, puede, en efecto, ser transferida mediante el traslado de dominio de casas, que son propiedad privada, construidas sobre los terrenos. Sin embargo, en tales casos el pago sólo incluye el precio de la casa, ya que si el precio comprendiera alguno de los elementos derivados del valor de la tierra, la transmisión sería tan irregular como el intento más directo de vender la tierra misma. La mayor parte de la tierra en la Unión Soviética no es detentada por individuos, sino por instituciones estatales y corporaciones. Tales instituciones adquieren del estado la tenencia

de la tierra y sólo en contadas ocasiones participan en la transmisión de la tierra y aun en tales casos se adopta la forma de una operación en la que el enajenante devuelve la tierra al estado y este último la entrega al adquirente. Si bien es cierto que los miembros de una granja colectiva (*koljós*) reciben parcelas individuales para su uso y ocupación personal, aparte de la tierra que se administra y cultiva colectivamente en el *koljós* (lo mismo sucede con el *sovjós*), tales parcelas son asignadas por el órgano que dirige a la colectividad y la transmisión de la tenencia de dichas parcelas requiere de la aprobación de dicho órgano, aun en el caso de que la transmisión adopte la forma de venta de la casa construida sobre la parcela. Por todo ello no es completamente exacto hablar dentro del sistema soviético de una venta de la tenencia socialista de la tierra.

La retención de la propiedad de la tierra por parte del estado ha propiciado la aparición de otra peculiaridad del derecho soviético. Si bien no es posible que los individuos adquieran la propiedad de la tierra y la transmitan, no sucede lo mismo con las edificaciones o algunas de sus partes. Como resultado, la distinción romanista tradicional entre propiedad mobiliaria e inmobiliaria ha perdido la mayor parte de su utilidad e importancia. En su lugar opera la distinción entre la tierra y los demás objetos de propiedad, y las construcciones quedan comprendidas dentro de los objetos susceptibles de ser objeto de propiedad privada. Esta extendida división entre la propiedad de la tierra y la de las construcciones contrasta con la situación que prevalece en los estados occidentales, en los cuales subsiste la tendencia a que el propietario de la tierra y de las construcciones sea el mismo y de que el derecho que rige en materia de construcciones o edificaciones sea asimilado al que se aplica con respecto a la tierra. Dicha asimilación ha sido llevada a tal grado, que incluso para propósitos legales ambos ordenamientos se agrupan bajo la misma denominación de *real property* y de "propiedad inmobiliaria" en los sistemas anglo-americanos y romanitas, respectivamente. Si bien es cierto que en los sistemas jurídicos occidentales también se puede tener la propiedad de las construcciones independientemente de la propiedad de la tierra, la distinción de que hemos venido hablando implica una diferencia adicional: no sólo se separa a la propiedad de la tierra de la propiedad sobre las construcciones, sino que también los regímenes aplicables a los diferentes derechos (tenencia socialista, por una parte, y propiedad romanista de las construcciones, por la otra).

En la URSS, la propiedad individual de las casas o construcciones implica el poder jurídico de enajenarlas (con sujeción a las disposiciones en contra de la ganancia o lucro y otras formas de enriquecimiento sin causa, así como a normas específicas, tales como las que limitan la frecuencia de las ventas). Sin embargo, la edificación se asienta sobre la tierra propiedad del estado, aunque en posesión del detentador. Técnicamente no es posible que los particulares enajenen la tierra. Los problemas en potencia que esta situación

pudiera provocar, se resuelven por la regla de que quien adquiera la propiedad de la edificación adquiere automáticamente el uso de la tierra que le corresponda. De esta forma, la validez absoluta de la regla de que la tierra no puede ser transferida por los detentadores se ve comprometida, ya que de hecho es transmitida, aunque sólo sea la que corresponde a la construcción vendida. En los sistemas occidentales, la proposición es a la inversa: entre nosotros las construcciones pasan a manos del comprador del terreno, como si únicamente se tratase de un accesorio; en la Unión Soviética la tierra pasa a manos del comprador de la construcción como accesorio a ésta.

En los estados socialistas donde, a diferencia de la Unión Soviética, la tierra puede ser objeto de propiedad por parte de personas diversas del estado, se introduce una complicación adicional, pues se crea la posibilidad de que tres regímenes jurídicos distintos (tenencia socialista de la tierra propiedad del estado; propiedad de construcciones combinada con la tenencia socialista de la tierra en que se asientan; y propiedad romanista de la tierra) coexistan dentro del sistema jurídico socialista, para desempeñar la función que en el occidente desempeña un sólo sistema. De entre las tres, la propiedad romanista de la tierra aparece como la más accesible a los ojos de los ius-comparatistas. Su regulación se encuentra establecida en códigos civiles estructurados en forma similar a los códigos de los países de Europa Occidental y utilizan concepciones romanistas similares. La tenencia socialista de la tierra, por otra parte, parece ofrecer algo original e interesante para propósitos comparatistas, pues si bien es concebible que el derecho relativo a la tenencia socialista pueda asimilarse hasta cierto punto con las nociones romanistas que nos son familiares, lo más importante es la posibilidad de que resulte una institución jurídica sin paralelo y verdaderamente característica del derecho socialista. Finalmente, la separación entre la propiedad de las construcciones y la tenencia socialista que otorga el estado parece tener un carácter mixto. Aunque aparentemente se emplean nociones romanistas, el hecho de que las construcciones sean edificadas sobre terrenos sujetos a la tenencia socialista, repercutirá seguramente —con el transcurso del tiempo— sobre el derecho que regula la venta de construcciones y edificios.

Las diferencias en la estructura jurídica de los derechos realmente transmitidos cuando la "tierra" es transferida dentro de cada una de las tres tradiciones jurídicas, necesariamente afectan a la compraventa de tierras en una variedad de maneras más o menos sutiles, algunas de las cuales serán objeto de mención en las partes que restan de este trabajo.

II. *Componentes y caracterización de la transacción*

Un segundo grupo de problemas que requieren de una clarificación conceptual y de una nomenclatura apropiada, pueden reunirse bajo el título de "estructura jurídica de la transacción". Suponiendo que sepamos algo de los

conjuntos de relaciones jurídicas que son afectadas como resultado de la venta de la tierra, ¿qué tipo de mecanismos jurídicos intervienen a fin de producir tales efectos? Uno de los aspectos de esta cuestión nos conduce a caracterizar a la operación de compra-venta, con el objeto de precisar los marcos generales dentro de los cuales encuadran los componentes de esta operación en los diferentes sistemas jurídicos.

Nos encontramos, por ejemplo, con que en la Unión Soviética el procedimiento para asignar la tierra propiedad del estado a las personas físicas y morales se caracteriza como un procedimiento administrativo que, por ende, no únicamente implica la intervención del aparato de la administración, sino también la aplicación del derecho administrativo. Por ello, la analogía en los sistemas occidentales no podrá establecerse con relación al derecho privado, que es el que ordinariamente se aplica en la venta de la tierra, sino, v. gr., con el derecho "público" o "administrativo" aplicable en materia de enajenación de bienes del dominio público a particulares en los Estados Unidos. Sin embargo, aun esta analogía es más bien lejana, debido no sólo a la tendencia que se observa en los Estados Unidos a emplear instituciones y analogías de derecho privado en las actividades de los órganos públicos, sino también a la sustracción de las cuestiones administrativas de la esfera de la jurisdicción de Europa Oriental como de Europa Occidental. En consecuencia, es de esperarse que las disposiciones e instituciones civiles, sustantivas y procesales, sean excluidas del procedimiento para la adjudicación de la tenencia socialista en la Unión Soviética, ya que no se trata del análogo de una operación de carácter privado ni de asuntos de los que conozcan los tribunales civiles.

La venta de las construcciones, tal como se ha sugerido con anterioridad, tiende a parecerse mucho a la enajenación de la propiedad romanista de la tierra, tal como la conocemos en los sistemas jurídicos de Europa occidental. En aquellas naciones socialistas donde todavía subsiste en alguna medida la propiedad privada sobre la tierra, es de esperarse que las similitudes a que se ha hecho referencia sean aún mayores, aunque también debemos anticipar que la transmisión de la tenencia socialista de las edificaciones y de la tierra sujeta al régimen de propiedad privada, puede haber desarrollado características propias que difieran entre sí en uno o más aspectos relevantes. Asimismo, es de esperarse que todas ellas muestren marcadas diferencias respecto del derecho aplicable a transacciones similares en Europa Occidental, a pesar de que parecen tener ingerencia conceptos, disposiciones e instituciones romanistas que no son familiares. Lo que tales instituciones aparentan a los ojos de occidente, puede muy bien diferir de lo que en verdad significan en la realidad concreta de un orden jurídico socialista.

Desde luego, la caracterización de la típica venta de tierra como transacción jurídica privada, es lo usual en los sistemas jurídicos occidentales; pero se presentan otros problemas para la caracterización, que es necesario tomar

en cuenta. Por ejemplo, en el derecho anglo-americano, la típica operación de compraventa incluye dos mecanismos jurídicos: el contrato de compraventa de la tierra y la escritura traslativa de dominio (*deed*). El contrato de compraventa no presenta ningún problema en particular; es un contrato y como tal es tratado para todos los efectos legales. Empero, la escritura traslativa de dominio (*deed*), definitivamente no es un contrato, sino que es el instrumento o el medio de transmisión del título. La escritura, que básicamente es un instrumento unilateral, contiene los términos indicativos de la intención de transmitir el derecho sobre la tierra que consignan a la persona designada como adquirente (*grantee*) y es firmada y sellada¹¹ por el otorgante y entregada al adquirente. Es con la entrega del documento sellado y firmado que se efectúa la transmisión de los derechos reales. La escritura se rige por el derecho de propiedad (*law of property*) y no por el derecho contractual (*law of contract*). Inclusive cuando la estructura contiene la estipulación de prestaciones recíprocas y es firmada también por el adquirente, tales estipulaciones no se denominan contratos, sino *convenants* y estos *convenants*, que tienen una forma muy especial en la historia del derecho anglo-americano, subsiste como un pequeño vestigio feudal en el derecho.

Su desarrollo ha sido frenado debido a su asociación con la propiedad inmobiliaria y todavía están sujetos a disposiciones peculiares, que hace ya mucho tiempo desaparecieron del *law of contract* general. A pesar de que ha habido una tendencia a disminuir las diferencias operacionales entre el derecho contractual, el derecho relativo a las escrituras (*law of deeds*) y el derecho de los *convenants*, algunas diferencias se han preservado y tienen importantes consecuencias jurídicas. En consecuencia, en la típica operación de compraventa de tierras en el ámbito anglo-americano entran en juego tres ordenamientos diferentes.

Por lo contrario, en el derecho francés todos los aspectos de las operaciones de compraventa parecen haber sido asimilados al derecho de los contratos. El mecanismo fundamental está constituido por el contrato de compraventa, el cual está sujeto, en términos generales, a las mismas disposiciones que los contratos para la venta de cualquier otro tipo de bienes, con excepción de ciertas formalidades especiales que se aplican a la venta de la tierra. Por lo tanto, el contrato francés cumple las funciones del contrato y la estructura del derecho anglo-americano, pues comprende el acuerdo entre las partes y el traslado de dominio. Es decir, existe un solo mecanismo en vez de dos.¹²

¹¹ En realidad, el sello ha sido abolido como requisito en muchos ordenamientos del sistema angloamericano y donde aún es requerido, parece reducirse a un formulismo vacío.

¹² Si bien esto es exacto como proposición jurídica general, el empleo de un acuerdo preliminar, denominado *compromis*, es relativamente común en las transacciones complicadas. No obstante que la reducción de la transacción francesa a un solo trámite principal puede provocar el uso frecuente del *compromis*, se puede atribuir a este último el desempeño de las mismas funciones que cumple el *deposit receipt* o *memorandum* en el derecho angloamericano y el *Vorvertrag* en el derecho alemán.

Las estipulaciones de los contratos de compraventa de tierras reciben el mismo trato que las obligaciones que se establecen en otros contratos; no existe régimen especial alguno que se asemeje al de los *covenants* en las escrituras del derecho anglo-americano. No existe analogía alguna dentro del derecho francés que pudiera corresponder al requisito de la entrega de la escritura traslativa de dominio angloamericano. Mientras que, como hemos visto, en las transacciones angloamericanas se aplican tres ordenamientos jurídicos diferentes, la operación en Francia parece referirse únicamente al derecho de los contratos.

En el derecho alemán encontramos un enfoque más. De nuevo, en este caso la transmisión de la tierra implica dos instrumentos: el primero, denominado *Einigung*, es un contrato que cumple las mismas funciones, dentro del derecho alemán, que las que desempeña el *compromis* en el derecho francés y el *contract* en el derecho anglo-americano; el segundo, denominado *Auflassung*, es el verdadero instrumento de transmisión y desempeña el mismo tipo de funciones que el contrato francés y la escritura angloamericana (*deed*), aun cuando en Alemania, como en algunos otros sistemas, la transmisión sólo surte efectos una vez que es registrada. En cierto modo, la *Auflassung* parece un contrato: en las cláusulas fundamentales se hace referencia al "convenio" entre las partes, en tanto que condición necesaria para la transmisión de los derechos, pero no se le denomina "contrato". Este último término se reserva para la primavera parte de la transacción, la *Einigung*, que es regulada por disposiciones diferentes. La *Einigung* está regulada en la parte del código civil (BGB) relativa a los contratos. Las disposiciones que se refieren a la *Auflassung* se encuentran en la parte correspondiente a la propiedad. La *Auflassung* debe ser declarada por cada una de las partes en presencia de la otra. Hay quienes consideran que este requisito es un eco del tiempo en que, bajo el primitivo derecho germánico, debía tener efecto una transmisión objetiva de la posesión de la tierra o alguna manifestación exterior de éste para que la enajenación fuera efectiva. La *Auflassung* no puede ser condicional ni sujeta a estipulación alguna y no posee efectos translativos hasta que no se asienta en el Libro de Registro (Grundbuch). Todo esto, además de otras peculiaridades, indica que la *Auflassung* debe caracterizarse como algo distinto de un contrato típico del derecho alemán. En muchos aspectos parece similar a la escritura traslativa de dominio del derecho anglo-americano, pero existen importantes diferencias. Por ello, parece mejor considerar el sistema alemán de *Einigung-Auflassung* como distinto de los esquemas *contract-deed-convenant* anglo-americano y *compromis-contrat* del derecho francés, así como reconocer que nos encontramos ante tres conjuntos diferentes de mecanismos jurídicos, cuya función es transmitir la titularidad de algún derecho sobre la tierra.

III. *Seguridad y sencillez*

En las sociedades precomerciales la propiedad y la tenencia de la tierra frecuentemente se encontraban vinculadas con el *status* político, jurídico y social. Bajo tales circunstancias, la transmisión de la tierra tendía a aparecer como una ceremonia diseñada para enfatizar las modificaciones de ese *status*. No obstante, contemplado desde el punto de vista comercial, dicho método de transmisión aparece como farragoso e ineficaz. El desarrollo de una sociedad industrial y comercial y el advenimiento de la preocupación nacional por el desarrollo económico, propiciaron la aparición de una corriente tendiente a despojar a la transmisión de la tierra de su carácter ceremonial y dotarla de formas más eficientes desde el punto de vista económico. Sin embargo, no siempre se ha tomado el mismo camino, ya que entre los países capitalistas y socialistas, dicho desarrollo presenta divergencias importantes en varios sentidos.

En las naciones capitalistas la tendencia ha sido en el sentido de la comercialización de la venta de la tierra y el tratamiento de la tierra como mercancía. El derecho que regula la venta de bienes y el que regula la venta de la tierra parecen aproximarse cada vez más. Algunas diferencias persisten, pero tienden a disminuir al mínimo necesario, en función de la naturaleza de la cosa que se vende. El camino adoptado por los redactores del Código Civil Italiano de 1942, es muy ilustrativo: el derecho civil fue comercializado y se combinó con el derecho mercantil dentro de un código civil unificado. La venta de la tierra se asimila a la venta de bienes, salvo algunos artículos que disponen un tratamiento especial para ella. Dicha tendencia ha sido estimulada por otra corriente paralela que persigue la democratización del sistema jurídico, con el objeto de abolir las diferencias de clase basadas en la tenencia de la tierra.

La comercialización de la venta de la tierra puede ser contemplada como un esfuerzo para establecer e impulsar el mercado de tierras. Dicho mercado es fundamental para el funcionamiento de aquellas fuerzas económicas que se espera conduzcan hacia el más alto grado de eficiencia y productividad en la distribución de los recursos de la tierra. Sería deseable, en función de dicho mercado, que la venta de la tierra fuera tan sencilla como sea posible y que quienes la compran o financian las compras tengan un alto grado de seguridad con respecto a los efectos de las transacciones. La sencillez y la seguridad en la venta de la tierra resultan de este modo objetivos paralelos, pero después de cierto punto tienden a excluirse mutuamente, produciendo lo que en teoría de los juegos se llamaría un problema de minimáximos. Los avalúos, levantamientos, formalidades, notarios y registros de la tierra son muy útiles por lo que se refiere a la seguridad, pero también incrementan la complejidad y el costo de las ventas. La eliminación del mecanismo de seguridad hace más sencilla la venta de la tierra, pero también conduce a gastos más elevados,

de la falta de seguridad. Más adelante examinaremos algunas de las formas en que los sistemas típicamente occidentales han resuelto este problema.

En los régímenes socialistas el enfoque es muy diferente. Ahí el mecanismo más importante para la distribución de los recursos de la tierra es un plan y no un mercado. La tierra no ha sido comercializada, sino que por lo contrario, se han hecho todos los esfuerzos posibles para sustraerla del comercio. Algunas de las premisas fundamentales de la ideología imperante se oponen consistentemente al desarrollo de mercados de recursos y medios de producción y la tierra ocupa una posición de señalada importancia en este contexto ideológico. La importancia que se dio a la tierra en el pensamiento marxista-ninista, la nacionalización de la tierra en la Unión Soviética y la influencia de este país entre las naciones socialistas, se combinan para crear una enorme presión dirigida a mantener a la tierra fuera del comercio. Esta presión es de tal manera fuerte, que los intentos de introducir incentivos a base de precios dentro de la economía de la Unión Soviética —que han aceptado con cierta precaución en otros sectores— han sido rechazados con respecto de la tierra.¹⁸

No obstante, esto no significa la imposibilidad de establecer analogías soviéticas con las instituciones desarrolladas en los estados capitalistas para promover la seguridad en la venta de la tierra. Por lo contrario, existen dos razones fundamentales por las que en la Unión Soviética se utilizan instituciones similares. Una de ellas es la necesidad de información adecuada para planear correctamente y ordenar la ejecución de los planes en forma efectiva. Para estos propósitos es necesario saber cuáles son los recursos de la tierra del estado, cuál es su utilidad potencial y cómo son detentados y explotados. Sólo sobre la base de este tipo de información es posible la adopción de decisiones racionales acerca de los objetivos del plan, en particular con respecto a la agricultura y con relación a la distribución de tierra, sobre todo cuando existen varias solicitudes para su explotación. La segunda razón es que aquellos que compran y venden casas requieren del mismo tipo de información y seguridad que buscan los compradores y vendedores en los estados capitalistas. Como consecuencia, existen en la Unión Soviética avalúos catastrales, registros de la tierra, notarios y formalidades que se asemejan mucho a los de los países capitalistas de Europa Occidental. La dotación de tierras a los órganos estatales y a las granjas colectivas se asienta en los registros de la tierra. La distribución

¹⁸ Parece ser que algunos economistas y juristas soviéticos han propuesto la introducción de incentivos económicos en el derecho de la tierra, por medio de la fijación de precios a las concesiones que se hagan de la misma y a través de un uso más amplio de los contratos, en lugar de las resoluciones administrativas que constituyen el instrumento típico de asignación. Por ejemplo, cfr. Skredov, *Socialisticeskaja zemelnaja sotsiavtvennost*, Moscú, 1967, pp. 128 y ss. Empero, las Bases para el Derecho sobre la Tierra, cit., *supra*, No. 8 han rechazado esta noción. En particular, cfr. artículo 8, que establece inequívocamente que la distribución de la tierra, para su ocupación y utilización por parte de los órganos estatales, corporaciones y particulares, deberá ser sin costo alguno.

de parcelas individuales a los miembros de un koljós, que en principio son tratados como operaciones internas de las granjas colectivas, es asentada en el registro del propio koljós. En la República Soviética de Rusia (existen variantes de menor importancia en otras repúblicas) la venta de casas habitación privadas, en áreas urbanas, requiere, para ser válida, ser otorgada ante notario y registrada. Las ventas similares, en regiones rurales, requieren de un instrumento escrito, aunque no notarial, y de registro. El mismo tipo de formalidades se aplica a las hipotecas sobre casas. Los conceptos jurídicos, los avalúos de la tierra, los registros, así como los notarios que intervienen en esta operación, se asemejan mucho a los que encontramos en Europa Occidental. A pesar de que existen importantes diferencias, provocadas por las premisas de que se parte en los sistemas jurídicos socialistas, la estructura familiar a los ojos de los juristas occidentales.¹⁴

Dentro de los sistemas capitalistas, uno de los más interesantes aspectos en el derecho comparado de compraventa de la tierra es el que se refiere a las formas en que los diferentes sistemas jurídicos han tratado de lograr la seguridad y la sencillez. Este aspecto puede ser contemplado desde diferentes puntos de vista, pero uno de los más sugestivos, para los propósitos de este estudio, es el examen del grado en que ha sido afectada la venta de la tierra por la participación de funcionarios públicos y por la imposición de requisitos formales en interés de la sencillez y la seguridad. ¿Hasta qué punto ha adquirido carácter "público" la transacción "privada" de la venta de tierras?

Un ejemplo de un sistema de carácter extremadamente privado es el que prevaleció en Inglaterra hasta el siglo pasado. El principio de "primero en tiempo, primero en derecho" era absoluto. Las partes podrían vender y comprar la tierra, sin que fuera necesario que participara ningún funcionario público o semi-público. No existía registro de la tierra. En abstracto, se podía contemplar a la venta de la tierra como un procedimiento sencillo, pero en la práctica era todo lo contrario. La gran variedad de derechos (*legal and equitable, vested and contingent, present and future interests*) que podrían establecerse sobre la tierra, provocaba que fuera muy difícil determinar con precisión la situación jurídica del título sobre determinado terreno. La ausencia

¹⁴ Poco después de la Revolución de Octubre, se desarrolló una actitud bastante diferente con respecto a lo deseable y útil que pudieran ser los registros de derechos sobre la tierra. En aquel tiempo, todavía se podía oír hablar seriamente del establecimiento de una "sociedad sin propiedad". Se desarrolló una tendencia exagerada que tenía por objeto abolir cualquier cosa que pudiera identificarse con el régimen "burgués" pre-revolucionario. Este periodo se caracterizó por la ocupación de la tierra por campesinos y trabajadores, a menudo sin que mediase procedimiento o formalidad alguna. Todos estos hechos pueden ayudar a explicar los propósitos que indujeron al Colegio del Comisariado de Justicia del Pueblo de la República Soviética Socialista Rusa, el 18 de noviembre de 1919 (Judelson, *Sovetskiy notariat*, Moscú 1959, p. 7), a manifestar "que el innecesario papeleo y la acumulación de papeles del archivo de notarías" debería ser abolido. La actitud soviética actual, que se describe en el texto, está ejemplificada por las disposiciones del artículo 46 de las Bases del Derecho de la Tierra. cit., *supra* No. 8.

de cualquier tipo de registro de la tierra hacía aún más complicado el problema. La costumbre de probar la autenticidad del título sobre la tierra a través de la recapitulación de su historia documental, por medio de un legajo en que se recogían todas las estructuras de traslado de dominio entregadas a los compradores anteriores, constituía un mal sustituto del registro. El derecho que regulaba los *covenants* expresos o tácitos en un título, era técnico, incierto e inadecuado. El mérito de hacer que funcionara el viejo sistema inglés, en la medida en que es posible afirmar que efectivamente operaba, debe atribuirse íntegramente a la labor desempeñada por la *conveyancing bar* (la barra de los abogados especialistas en operaciones de compra-venta de tierras que era un grupo reducido, pero bien organizado de *solicitors* o abogados postulantes, extremadamente ingeniosos y sofisticados, a quienes acudían usualmente las partes que intervenían en una operación de transmisión de derechos sobre la tierra). Que este sistema haya subsistido por tanto tiempo, puede ser explicado en parte por la existencia de la *conveyancing'bar*, por la relativamente tardía comercialización de la transmisión de los derechos sobre la tierra en Inglaterra (respecto de lo cual existen una serie de explicaciones) y en parte por la supervivencia hasta el siglo XIX de la *copyhold tenure* de gran cantidad de las tierras en explotación. Puede decirse que la ruptura definitiva con el viejo sistema ocurrió hasta 1925, con la legislación que simplificó el sistema de los derechos sobre la tierra (*estates in land*) y que estableció un sistema de registro de títulos.¹⁵

Un enfoque menos primitivo, que constituye el siguiente estrato lógico en el proceso de dar carácter público a la venta de la tierra, es el que podemos encontrar, en la actualidad, en la mayor parte de los Estados que forman la Unión Americana. De acuerdo con este sistema se instituye y mantiene, con cargo al presupuesto público, un registro de los documentos relacionados con la compra-venta de tierras. En conexión con el establecimiento del registro, la regla de "primero en tiempo, primero en derecho", sufre un cambio: ahora se protege a los compradores de buena fe, en contra de las transacciones anteriores de las que no hubieran tenido conocimiento. Al mismo tiempo el registro del documento pone sobre aviso a futuros compradores. Por ello, a pesar de que los instrumentos no registrados surten efecto entre las partes y tienen

¹⁵ El profesor Rheinstein observó en el artículo citado, *supra* No. 1, que existe una relación entre los tipos permitidos y la cantidad de derechos sobre la tierra, por una parte, y por la otra, la sencillez y seguridad de las transacciones. Cuando el orden jurídico admite únicamente unos cuantos derechos cuidadosamente definidos, tal como acontece en los sistemas romanistas, es mucho más sencillo determinar las cosas con certeza. Por lo contrario, no resulta fácil lograr la sencillez y la seguridad en la transmisión de la tierra, cuando se admite una gran variedad de derechos, sobre todo si se tiene en cuenta que no siempre son definidos rigurosamente. Este último es el estado de las cosas imperante en los Estados Unidos. Es particularmente significativo que la creación de las instituciones encargadas del registro de títulos en Inglaterra fuera acompañada de una drástica simplificación de los derechos permitidos sobre la tierra.

efectos sobre aquellos que tengan conocimiento de ellos, el registro del documento es necesario para protegerse de terceros que no tengan conocimientos de su existencia.

Ciertos aspectos de este sistema ameritan de un comentario. No existe requisito alguno en el sentido de que el contrato o la escritura (*deed*), deban ser redactados por alguna persona o funcionario específicos. Las partes mismas pueden redactarlos, comprar esqueletos tomados de modelos uniformes o copiarlos de las formas que se encuentran en diversos libros. A nadie se le pide que someta dichos documentos al examen de un experto para corroborar su exactitud y validez legal. Por regla general no hay tampoco limitaciones para el acceso de dichos documentos a los registros de la tierra. Dichos registros son encargados a funcionarios menores, que sólo tienen responsabilidad y poderes limitados. Cualquier escritura que se exhibe para su registro suele ser aceptada, a pesar de que contenga serios errores y aunque el vendedor no tenga derechos que transmitir. No obstante que la inserción deliberada de escrituras irregulares o inexactas (*wild deeds*) en el registro, con el objeto de crear confusión y dificultades a quienes verdaderamente tengan derechos no es una práctica común, el hecho de que sea posible hacerlo constituye un dramático indicador del grado de facilidad de acceso al registro.

Otra dificultad consiste en que el registro es de documentos y no de títulos. Cuando se presenta un contrato de compraventa, una escritura traslativa de dominio (*deed*) o el instrumento en que conste una hipoteca, se procede a registrarlos, se incluye en el índice y una copia se inserta en el lugar correspondiente, pero el encargado del registro no hace ningún intento de determinar las consecuencias de la diligencia practicada con relación al título por el que se detenta la tierra. Haciendo una analogía, que ha sido empleada anteriormente, puede decirse que el registrador es como un tenedor de libros que recibe y archiva los comprobantes de todos los egresos e ingresos, pero que nunca efectúa un balance. Aquel que pretenda conocer el estado de las cuentas, debe examinar todos los documentos y realizar su propio balance. Seguramente, tal sistema provocaría bastantes dificultades en la contabilidad de una empresa, pero cuando el balance resulta ser sobre el estado que guarda el título de la tierra en un sistema jurídico en que existe la gran variedad de derechos, característica del derecho norteamericano, los problemas que se presenten son impresionantes. Como resultado, se ha desarrollado todo un ramo de empresas cuyo objeto consiste en determinar la situación legal de los títulos, emitir seguros de títulos y servicios similares. Este fenómeno será abordado más adelante.

El siguiente estrato, que tiene mucha importancia, está representado por aquellas naciones como Francia, en las cuales el notario es un funcionario semi-público: se trata de un abogado, cuyas actividades son controladas hasta cierto punto por el estado, que incluso ejerce control sobre su formación y

admisión al notariado. En estos sistemas, los instrumentos traslativos claves son redactados por el notario, quien también examina el registro de la tierra, determina el estado actual del título sobre la tierra, ayuda a las partes a esclarecer sus intenciones y presta su concurso para superar los obstáculos de la transacción. Los efectos jurídicos y prácticos de la intervención del notario son: filtrar las posibles incorrecciones que afecten a las transacciones, la aclaración del expediente del registro a través del auxilio que presta a las partes para disipar la posible confusión del título y la producción de instrumentos para la transmisión que encuadren en las formas legales apropiadas. El resultado final es un registro de escrituras (mantenido por el Estado) mucho más confiable que los que funcionan en la mayor parte de los Estados Unidos.

El registro de títulos sobre la tierra, a diferencia del registro de documentos, es característico del siguiente grado importante de evolución. Los ejemplos más conocidos son el sistema *Torrens*, establecido en el sur de Australia durante el siglo XIX, y el sistema establecido hacia el año de 1925 en algunas partes de Inglaterra. El propósito del registro público de títulos es indicar, en cualquier tiempo, el estado que guarda el título sobre la tierra y no únicamente acreditar la existencia de documentos cuyo efecto legal deba ser determinado por las propias partes. A los funcionarios a cuyo cargo se encuentra este registro, se les exige el desempeño de un papel mucho más activo que el del típico tenedor del registro de escrituras. Para que el registro de títulos cumpla su función, el ingreso de documentos debe ser minuciosamente controlado y el funcionario responsable del registro debe tomar decisiones confiables con respecto a los efectos sustantivos de las escrituras de traslado de dominio que se admitan en el registro. Consecuentemente, el funcionario responsable del registro es un abogado con facultades de decisión relativas a la admisibilidad y a las consecuencias jurídicas de las transacciones que se pretende registrar y sus decisiones están sujetas a recursos administrativos o judiciales. Con regularidad se aprueban y publican formas oficiales que se utilizan en la transmisión de derechos sobre la tierra. La tendencia es hacer del registro de títulos una especie de archivo que provea de una garantía pública y que las personas que depositan su confianza en él tengan un recurso en contra de las decisiones y puedan demandar a un fondo de indemnizaciones el pago de los daños y perjuicios que puedan resultar de dicha confianza. Se intenta reducir la posibilidad de error por medio del control del acceso al registro, así como también a través de la implantación de un método que permita indemnizar a quienes resulten perjudicados por alguna causa imputable al registro. La "fe pública" del registro de títulos es mucho mayor que la del registro de documentos.

Los sistemas de registro de títulos en los países angloamericanos presentan una diferencia que los distingue de sus equivalentes en los sistemas romanistas, ya que estos últimos comprenden una participación activa por parte del notario.

La función del notario como regulador en la transacción, como filtro de los errores y ambigüedades y como redactor profesional del instrumento apropiado, se agrega a la actividad del registrador del título. La actividad de los dos tipos de funcionarios, en conjunto, proporcionan un poderoso control del acceso al registro y una sólida garantía de su autenticidad y confiabilidad. El mejor ejemplo es el sistema del *Grundbupch* alemán, famoso por su confiabilidad.

Los sistemas anteriormente descritos pueden considerarse ejemplos más o menos típicos de entre numerosos sistemas de traslación del dominio en los países occidentales. Para mayor facilidad, se les denominará de la siguiente manera: sistema privado, al que prevalecía antiguamente en Inglaterra y que en la actualidad está despareciendo gradualmente; sistema de registro de documentos, al que todavía se utiliza en la mayor parte de las transacciones que se llevan a cabo en la mayoría de los estados de la Unión Americana; sistema de registro documental-notarial, al que se utiliza en Francia, Italia y gran parte de Latinoamérica; sistema de registro de títulos, al que se emplea en Australia del Sur, Nueva Zelanda, en algunas partes de Inglaterra y en ciertos Estados de la Unión Americana; y, finalmente, sistema de registro de títulos y notarial, al que se utiliza en Alemania, Suiza y Austria.

Con referencia a estos sistemas, se puede hacer una comparación tosca, de acuerdo con el grado en que la transmisión de los derechos sobre la tierra siga siendo de carácter "privado" o se haya convertido en "pública". El sistema inglés, actualmente en rápida desaparición, es el prototipo del sistema privado. En el extremo opuesto encontramos al sistema de registro de título y notarial, de tipo alemán, que requiere que los instrumentos sean redactados por un notario y que dispone que dichos instrumentos tienen efecto dispositivo sólo si son admitidos en el registro por un funcionario público, investido de facultades jurisdiccionales considerables, y que otorga fe pública a la decisión que emita el registrador determinando el alcance de los efectos jurídicos de la transacción. Tanto las disposiciones especiales que regulan la responsabilidad de dichos funcionarios, como las que establecen fondos públicos para la indemnización, constituyen elementos adicionales de carácter público.

A pesar de que el sistema privado no requiere que los instrumentos sean redactados por ningún funcionario específico, el deseo de seguridad ha llevado a las partes a utilizar las formas que se imprimen en el comercio o a acudir a abogados para la redacción de dichos instrumentos. Aun cuando no exista un registro de la tierra, una necesidad de seguridad similar a la del caso anterior conduce a equivalentes funcionales, tales como la prueba del título mediante la recapitulación de la historia documental de la tierra a través del legajo que integran las estructuras traslativas de dominio (*deed*) anteriores y documentos relacionados; el asesoramiento legal con respecto a la suficiencia del título del vendedor; y el uso, muy extendido, de garantías de los títulos consignados en las escrituras. Incluso si existen registros de escrituras, como

en los Estados Unidos, la demanda de mayor seguridad en las operaciones relacionadas con la tierra ha llevado al desarrollo de una importante industria privada, totalmente libre de regulación estatal, cuya función consiste en examinar la validez de los títulos y asegurar a las personas contra los posibles defectos de aquéllos. Dichas compañías privadas llevan al cabo muchas de las funciones que en otras naciones cumplen los órganos públicos. Por ejemplo, en California las compañías de títulos se asemejan mucho a lo que pudiera denominarse un registro privado de títulos. Poseen sus propias *title plants* (archivos que se integran con la información obtenida de los registros públicos de escrituras). Tales compañías realizan sus propios dictámenes sobre la situación jurídica de un título determinado en un momento dado. Refiriéndonos a una analogía formulada con anterioridad, podemos decir que dichas compañías llevan al cabo balances constantes. A través de la facultad de declinar el aseguramiento de una transacción dudosa, ejercen el mismo tipo de control que los funcionarios públicos de otros países. Este poder de control puede llegar a ser considerable. En California, los compradores insisten en recibir un título "asegurable" y las decisiones judiciales apoyan su insistencia: si el título no es "asegurable", los compradores no lo aceptan ni las instituciones de crédito financian la operación. Consecuentemente, los requisitos impuestos por las compañías de títulos para dar el seguro, constituyen una importante fuente de derecho "práctico" de la propiedad. La costumbre de estas compañías de proporcionar a los interesados formas de contratos, de escrituras traslativas de la propiedad (*deeds*) y de otros instrumentos, hace que influyan, o casi determinen, la forma de la transmisión de derechos sobre la tierra, con lo cual adquieren poderes *de facto* adicionales, de manera que sus facultades se aproximan mucho a las que las leyes otorgan a los funcionarios públicos en otros países.

La existencia de un registro público de documentos, así como el requisito legal de que los documentos sean registrados para tener y conservar la prioridad de los derechos, mantienen su importancia práctica y legal, incluso en estados como el de California. Sin embargo, existe una marcada tendencia a considerar que la principal utilidad del registro consiste en proveer de una fuente de información en materia de transacciones sobre la tierra a las compañías de títulos, que desempeñan un papel mucho más importante en hacer expedita y segura la compraventa de la tierra.

Extrapolando al extremo, se pueden sugerir dos modelos de sistemas para obtener una combinación adecuada de sencillez y certeza en los países occidentales. Uno es el modelo "público", hacia el cual parecen evolucionar el sistema alemán, entre los romanistas, y el nuevo sistema inglés, entre los anglo-americanos. De acuerdo con este modelo, se da énfasis al establecimiento y perfeccionamiento de órganos estatales con facultades exclusivas de control

del acceso a los registros públicos, se da fe pública a las determinaciones sobre las consecuencias de las transacciones de los funcionarios o el pago de daños y perjuicios que pudieran resultar para la confianza depositada en dicho registro, con cargo a un fondo público.

El otro modelo es el "privado", hacia el cual tiende la evolución en algunos estados de la Unión Americana. Este sistema cae cada vez más en manos de la iniciativa privada. Conforme estas empresas crecen y consolidan su poder asumen cada vez más una función de utilidad pública. No resulta fantasioso sugerir que llegará el día en que los registros públicos de uno o más estados desaparecerán y que la materia de seguridad de los títulos se concentrará en manos de estas compañías. Cuando ese día llegue, el estado podrá distraer los fondos públicos del intento de brindar un servicio similar, aunque menos satisfactorio, tal como ocurre actualmente, y en su lugar concentrará su atención a la regulación de los servicios prestados por la iniciativa privada y a la fijación de las tarifas correspondientes.¹⁶ Si bien es cierto que algunos estados de la Unión Americana se desplazan en la dirección opuesta, ya que han establecido esquemas de registro público de títulos, han tenido un éxito limitado. También en este caso California proporciona un ejemplo profético: se estableció un sistema de registro público de títulos con poco éxito que fue abolido con la entusiasta ayuda de las compañías de títulos.

IV. *Conclusión?*

¿En qué medida es posible formular una conclusión? Un resumen parecería fuera de lugar, pues habría o mucho o muy poco que resumir. Por otra parte, cualquier conclusión parece prematura. Mi principal propósito había sido el de clarificar ideas, desarrollar una nomenclatura, afilar las armas para un ataque más organizado y acabado del tema de la compraventa de la tierra en el derecho

¹⁶ Esto no quiere decir que formule un juicio sobre lo deseable que pueda ser tal desarrollo. Antes de emitir un juicio sobre las ventajas relativas de los sistemas "público", "privado" o "mixto" de seguridad en materia de títulos, es necesario que se realicen estudios sobre los costos y los beneficios, directos e indirectos, derivados de la aplicación de estos sistemas. Tales estudios no se han realizado. La cuestión es complicada por una serie de consideraciones: en la mayoría de los estados, los registros públicos desempeñan diversas funciones además de la de proveer información y certeza acerca de los títulos; dichos registros resultan útiles en la administración del impuesto predial, la cooperación por plusvalía y la planificación de la explotación de la tierra, sólo para citar tres ejemplos obvios. En muchas naciones, particularmente en aquellas en que el notario realiza una importante función en las transacciones, la venta de la tierra es, en sí, un acto susceptible de ser gravado, que produce ingresos muy superiores a las cifras que se atribuyen al costo de los servicios públicos relacionados con la transacción. La mayor parte de las veces, el costo de mantenimiento de los sistemas públicos se confunden entre los presupuestos de un gran número de instituciones públicas y los beneficios que aporta son con frecuencia todavía más difíciles de precisar y cuantificar. Los ejemplos podrían ser fácilmente aumentados.

comparado. En estos términos, es posible que hayamos lagrado algo: algunas de las características principales de ese paraje inexplorado que mencionábamos al principio han sido identificadas y descritas. Ahora el terreno nos es más familiar, pues algunas luces comienzan a iluminar el antes oscuro panorama.

J. H. MERRYMAN
(Stanford, Cal., E.U.A.)

Traducción de Manuel Barquín
y Raúl Nocedal