

Table of Contents

FORMALIZACIÓN, POSESIÓN Y PROPIEDAD	1
LA CUESTIÓN TEÓRICA	2
EL FALLIDO PROYECTO DE FORMALIZACIÓN	6
OTROS CAMINOS.....	12
CONCLUSIÓN.....	15

Formalización, posesión y propiedad

De 6 Brigham-Kanner Property Rights Conference J. 113 (2017)

Thomas W. Merrill,
Charles Evans Hughes Profesor,
Facultad de Derecho, Universidad de Columbia

Este artículo es un comentario sobre el trabajo de Hernando de Soto, quien ha hecho tanto para resaltar la importancia de los derechos de propiedad, especialmente en el contexto de lo que llamaré comunidades de migrantes en los países en desarrollo. Estas son los barrios de Perú, las favelas de Brasil y los bidonvilles de Haití. De Soto caracteriza a estas comunidades como "zonas extralegales".

Consisten, en sus palabras, en "hogares modestos apretados en los perímetros de la ciudad, una miríada de talleres en medio de ellos, ejércitos de vendedores que venden sus productos en las calles e innumerables líneas de minibús entrecruzadas".¹ Estoy interesado en el trabajo que ha hecho de Soto en estas comunidades de migrantes por dos razones relacionadas.

En primer lugar, arroja importante luz sobre un problema en la teoría de la propiedad que me viene preocupando desde hace varios años. Tiene que ver con la distinción entre dos formas diferentes de asignar recursos entre los seres humanos que viven juntos en algún tipo de sociedad organizada: posesión y propiedad.²

Existe una amplia división entre los estudiosos de la propiedad: los "humeanos" ven los derechos posesorios informales como los orígenes de la propiedad, y los "hobbesianos" ven al Estado como la institución crítica que da lugar a los derechos de propiedad.³ Las comunidades de migrantes estudiadas por de Soto están organizadas de acuerdo los derechos de posesión extralegales, es decir, no están sancionadas por el Estado. Por lo tanto, proporcionan un dato importante sobre el debate sobre los orígenes de la propiedad.

En segundo, ha generado un esfuerzo de reforma mundial que busca impulsar el crecimiento económico en los países en desarrollo formalizando los derechos posesorios informales existentes en las comunidades de migrantes, es decir, transformando los derechos de posesión extralegales en derechos de propiedad legal.⁴ La razón principal para esos programas de formalización es hacer que estos reclamos sean elegibles para su uso como garantía para préstamos, lo cual, a su vez, proporcionará el capital necesario para construir estructuras, obtener equipos e inventario, y entrar en el mundo del capitalismo moderno.

Esta idea ha sido tremendamente influyente con las agencias de ayuda internacional y el Banco Mundial, y ha sido adoptada, de una forma u otra, por un gran número de países en desarrollo.⁵ Los resultados han sido en gran medida decepcionantes.⁶ Una vez que identificamos la distinción clave entre la información y el costo entre los sistemas que asignan recursos por posesión y aquellos que los asignan por propiedad, podemos llegar a comprender por qué los proyectos de formalización han fallado en gran medida en lo relativo a sus objetivos declarados. Esta comprensión también apunta hacia reformas alternativas que pueden tener mayores posibilidades de éxito.

La cuestión teórica

La posesión es un concepto social. Se refiere a una reclamación de una persona sobre el control exclusivo de un objeto físico. Se basa en el control real. No se puede obtener posesión simplemente señalando un objeto o tomándole una foto. Sin embargo, una vez que se obtiene el control real, la posesión no requiere control continuo. Es suficiente marcar el objeto de tal manera que indique a los demás que uno tiene la intención de mantener el control del objeto.

La institución de la posesión es una característica universal de todas las sociedades humanas conocidas, incluidas las de cazadores-recolectores. Los objetos elegibles para reclamos de posesión varían considerablemente de una sociedad a otra, al igual que las marcas que indican a los demás que un objeto está poseído. No importa cómo se comuniquen los reclamos de posesión, en sociedades humanas razonablemente estables existe una fuerte disposición a respetar la posesión establecida por otros.

Sin dudas, también hay variación aquí, ya que algunas sociedades tienen tasas de robo más altas que otras y a menudo desafortunadamente, existe una marcada disminución en cuanto a la posesión por parte de grupos externos en relación con los grupos internos. Pero el respeto por la posesión existe, hasta cierto punto, incluso dentro de las pandillas de ladrones.⁷

La propiedad es un concepto legal. Al igual que la posesión, se refiere al control sobre las cosas. La propiedad, sin embargo, se refiere a un derecho legalmente exigible al control exclusivo de una cosa. En una sociedad con un sistema legal que funciona, la propiedad triunfa sobre la posesión. La propiedad también es más amplia que la posesión porque no se limita a objetos físicos. Uno puede poseer derechos de propiedad intelectual, acciones en compañías, intereses de garantía, dinero y muchas otras cosas intangibles.

El punto principal que enfatizaría para los propósitos actuales es que toda sociedad moderadamente sofisticada con un sistema legal funcional dependerá tanto de la posesión como de la propiedad para asignar los derechos a los recursos. Es un error pensar la posesión como un estado de cosas rudimentario que prevalece en las sociedades primitivas, pero que finalmente se reemplaza por la propiedad a medida que ocurre el desarrollo. Incluso en las sociedades más avanzadas, la posesión es, con mucho, la base más utilizada para asignar reclamos a los recursos.

En la vida cotidiana, por ejemplo, hacemos miles de juicios sobre si se reclaman o no recursos particulares. Bastaría pensar en nuestra respuesta a los automóviles en un parqueo, a las casas en una calle, a unos abrigos puestos en una percha o a bienes almacenados en la acera frente a una tienda. Juzgamos sobre si estos objetos son reclamados o no en función de las percepciones sobre si alguien ha señalado la intención de retener la posesión del objeto en cuestión. No nos preguntamos si son de su propiedad y, de ser así, de quién y qué tipo de título. Incluso cuando participamos en transacciones, la mayoría de las veces confiamos en la posesión como base suficiente para el derecho a participar en el intercambio. Esto se aplica a casi todas las transacciones de bienes de valor relativamente bajo --alimentos,

ropa, libros, etc. Cuando se le compra una botella de agua a un vendedor ambulante, uno no se detiene a pensar si es dueño. Basándose en su posesión de las botellas, asume que tiene derecho a venderlas.

La propiedad, por el contrario, entra en juego solo en contextos relativamente especializados. Por lo general se trata de situaciones de alto riesgo, como resolver una disputa acerca de límites sobre la tierra, establecer si el vendedor tiene un buen título al comprar una casa o un automóvil, o determinar si prestar dinero a alguien asegurado por una garantía.

La razón por la que la posesión se usa la mayor parte del tiempo y la propiedad entra en juego de manera excepcional se relaciona principalmente con los costos de información. Las determinaciones de posesión se basan en señales físicas sobre los objetos que nuestros cerebros procesan de manera casi instantánea e inconsciente. Existen en el ámbito de la cognición que Daniel Kahneman ha llamado "sistema 1" o "pensar rápido".⁸ De alguna manera, aprendemos estas señales a una edad muy temprana, simplemente observando cómo las personas interactúan con objetos de valor.

Por contraste, las determinaciones de propiedad conllevan costos de información mucho más altos. Para identificar a alguien como el "propietario" de una cosa, es necesario rastrear su procedencia para determinar que los derechos relevantes (paradigmáticamente para excluir a otros) no hayan sido transferidos previamente a otra persona.⁹ Esa determinación puede implicar encargar una encuesta, encontrar documentos que conmemoren transacciones pasadas, averiguar qué significan estos documentos, tal vez consultar algún tipo de registro de derechos, posiblemente contratar a un abogado para resolver todo esto y tal vez incluso presentar una demanda.

Hasta la más simple de estas consultas requiere un esfuerzo consciente para recopilar información y decidir lo que significa. Determinar la propiedad es un ejemplo por excelencia de lo que Kahneman llama "cognición del sistema 2" o "pensamiento lento".¹⁰

Una vez que vemos que la posesión es una forma informativamente barata de asignar derechos a los recursos, mientras que la propiedad es una forma costosamente informativa de asignar recursos, podemos entender por qué la posesión sigue siendo el principio predominante en la mayoría de los propósitos cotidianos. Y esto es cierto incluso en las sociedades más sofisticadas con los sistemas más elaborados de derechos de propiedad y cumplimiento de esos derechos.

Lo que sigue siendo controvertido de esta explicación de la posesión y su relación con la propiedad es una cuestión de causalidad. Mi punto de vista,

que podría llamarse "neohumano" o quizás una visión sociobiológica, es que existe algo que podemos llamar el "instinto de posesión" conectado en la psicología humana.¹¹ En todas partes las personas tienen una propensión natural a identificar ciertos objetos como poseídos por otros, y una propensión natural a respetar la posesión establecida por otros.

Obviamente, no todo es biológico. El instinto de posesión está mediado de manera significativa por la cultura y el aprendizaje individual. Pero si un grupo de extraños, cada uno de una cultura diferente, quedara varado en una isla desierta, desarrollarían rápidamente una comprensión normativa de qué objetos o lugares de la isla pertenecen a quién, y habría un amplio respeto por esa comprensión.

El punto de vista opuesto, que se ha presentado informalmente en varias ocasiones en respuesta a mis puntos de vista, puede llamarse "neohobbesiano". Aquí la posesión solo funciona como base para la asignación de recursos, ya que está respaldada por el poder del Estado. Tomemos uno de mis ejemplos favoritos del uso de la posesión en el mundo moderno: la estera de equipajes en un aeropuerto internacional.

Las personas de todo el mundo y todo tipo de antecedentes culturales entienden que tienen derecho a llevar solo la maleta marcada como propia; entienden que no deben interferir con las maletas marcadas pertenecientes a otra persona. El proceso funciona de la misma manera en los aeropuertos de todo el mundo, y la mayoría de las veces ocurre sin ninguna verificación oficial de las etiquetas de reclamo una vez que se recuperan las maletas.

A lo que responden los "neohobbesianos": el sistema de asignación de maletas funciona solo porque todos entienden que alguien, en algún lugar, es el propietario legal de cada una de estas maletas. Las maletas particulares pueden ser prestadas o incluso robadas. Pero cada una es propiedad de alguien.

En nuestra juventud, aprendemos que tomar propiedad de otra persona es un delito punible por el Estado. Entonces, desistimos de llevarnos una maleta que no es nuestra, porque tememos el poder del Estado. En este ejemplo en particular, la posesión puede dar pistas sobre quién tiene derecho a qué, pero está funcionando simplemente como una representación de la propiedad. La propiedad proporciona la explicación subyacente del respeto por la posesión.¹²

Lo que me gusta de la descripción de Soto de las comunidades migrantes en el mundo en desarrollo es que presenta una especie de experimento natural para probar estas teorías rivales. Cuando describe las circunstancias de estas comunidades, son esencialmente forajidos desde la perspectiva del sistema

formal de derechos de propiedad. Las personas que viven en estas comunidades habitan estructuras hechas a mano, construidas en tierras que no son de su propiedad. Operan negocios que no tienen licencia para operar.

Sin embargo, como de Soto aclara enfáticamente, se trata de comunidades bulliciosas, llenas de emprendimiento y energía.¹³ Constituyen una parte importante de la riqueza de los países donde operan. De Soto sostiene que podrían hacerlo aún mejor si tuvieran derechos formales de propiedad; si pudieran unirse al sistema de propiedad privada del que han sido excluidas.¹⁴

Desde mi punto de vista, las comunidades de migrantes que describe de Soto operan según el principio de posesión: asignan recursos basados en las percepciones de posesión y el respeto a la posesión establecido por otros. Además --y este es el punto crítico en términos del debate de causalidad--, lo hacen en un contexto en el que todos saben que no tienen derechos de propiedad.

El principio de posesión aquí no puede explicarse como una representación de propiedad porque todos saben que estas comunidades no están basadas en derechos formales de propiedad. Son una instancia del mundo real de mi hipótesis sobre un grupo de personas abandonadas en una isla desierta.

No se puede afirmar que los millones de personas que viven en estas comunidades de migrantes respetan la posesión porque está respaldada por la ley y el poder del Estado. Respetan la posesión porque es lo humano natural que hacer.

El fallido proyecto de formalización

La distinción entre posesión y propiedad, y el reconocimiento de la diferencia radical en los costos de información asociados con estas dos formas de asignación de recursos, también tienen implicaciones importantes para el destino de la propuesta política clave de De Soto: formalizar los derechos informales a los recursos que las personas tienen en las comunidades de migrantes en las naciones en desarrollo.

Una de las principales razones para formalizar estos derechos de posesión --argumenta De Soto--, es crear una base para préstamos garantizados basados en la garantía de estos recursos. Esta inyección de capital --dice-- permitiría a los ocupantes de estas comunidades migrantes iniciar o expandir un negocio, o mejorar estos recursos, lo que impulsaría el crecimiento económico y promovería una mayor igualdad.¹⁵

La evidencia hasta la fecha indica que este proyecto de formalización, donde se ha llevado a cabo, generalmente no ha logrado su objetivo. Varios estudios de casos específicos de cada país sugieren que los pobres urbanos que reciben estos derechos formalizados no los utilizan para obtener préstamos garantizados.

En cambio, una vez que se produce la formalización, con frecuencia cobran al vender a grandes propietarios o desarrolladores.¹⁶ Quizás lo más crítico, a la luz del argumento de Soto en apoyo de la formalización, es que una revisión exhaustiva de la literatura a cargo de dos investigadores del Banco Mundial informa que la evidencia de un mejor acceso al crédito "es escasa".¹⁷

Indudablemente, hay una variedad de explicaciones de por qué los proyectos de formalización no han logrado el despegue económico en los países en desarrollo. Por ejemplo, si los títulos formales se distribuyen de manera que entren en conflicto con los derechos consuetudinarios, esto puede generar conflictos entre las poblaciones indígenas y los titulares de derechos formales.¹⁸ O si las instituciones estatales son demasiado débiles o corruptas para hacer cumplir los títulos formales de manera efectiva, el control sobre los recursos puede volver a los titulares de derechos informales.¹⁹

Sin embargo, este tipo de explicaciones no parecen dar cuenta del fracaso de la formalización para estimular los préstamos garantizados en las comunidades de inmigrantes que han surgido en las principales ciudades de los países en desarrollo y sus alrededores.

Con respecto a estas comunidades, no hay conflicto entre la persona en posesión y la persona con el título recién formalizado: son una y la misma. Y como señala de Soto, la mayoría de los países donde se encuentran estas comunidades de migrantes ya han establecido sistemas de registro y aplicación de títulos de propiedad de la tierra, lo que funciona de manera tolerable para la élite que posee y comercia con derechos de propiedad convencionales.²⁰

Existe una explicación alternativa y más parsimoniosa sobre el fracaso de la formalización para estimular los préstamos garantizados en las comunidades de migrantes. Una vez que comprendamos la distinción entre posesión y propiedad, y las razones de costo de información para hacer de la posesión el principio general predeterminado en la asignación de recursos, el fracaso de la formalización para inducir préstamos garantizados no debería sorprendernos.

La explicación más general es que los derechos en cuestión no son lo suficientemente valiosos como para justificar mayores costos de información asociados con la determinación de la propiedad de la propiedad. Más específicamente, el fracaso de estos derechos formalizados para estimular los préstamos garantizados puede remitirse a dos factores.

Primero, un banco u otro prestamista suscribirá un préstamo garantizado solo si el rendimiento esperado del préstamo excede los costos de establecer que el prestatario tiene los derechos de propiedad relevantes para proporcionar garantías para el préstamo. Según el relato de de Soto sobre las comunidades de migrantes, parece claro que el valor original de los derechos individuales formalizados —por ejemplo, a una pequeña parcela de tierra mejorada por una choza casera— será pequeño.

Por lo tanto, al menos inicialmente los prestamistas pueden llegar a la conclusión de que el rendimiento al contratar un préstamo garantizado será demasiado pequeño como para justificar los costos de verificar el título de la garantía.

Elaboremos. Uno puede caracterizar la decisión de un banco u otro prestamista de hacer préstamos garantizados con una fórmula simple. El banco gana dinero cobrando intereses sobre préstamos que son más altos que su costo de capital. Esto se conoce como el diferencial de tasa de interés. La cantidad de dinero que el banco ganará con cualquier préstamo en particular es una función de los tiempos de propagación del valor principal del préstamo. Supongamos que el margen es del 2% y el valor principal del préstamo es de 10.000 dólares.

El rendimiento esperado es .02 veces \$ 10.000 o \$ 2.000 (no hago caso de la complicación de descontar el rendimiento esperado a lo largo del tiempo, etc.). Al decidir si hacer el préstamo, el banco comparará este rendimiento esperado con los diversos costos en los que incurrirá al hacerlo, como costos de originar y administrar el préstamo, el riesgo de pérdida en caso de incumplimiento, etc. Para los propósitos actuales, me enfocaré en un solo costo: el costo de hacer una búsqueda de títulos.

Para continuar con mi hipótesis, supongamos que el costo de una búsqueda de títulos es de 3.000 dólares. En este supuesto, el préstamo, que generará ingresos esperados de 2.000 dólares, no se realizará. Claramente, esto será cierto si el banco asume el costo de verificar el título de la garantía.

Tampoco es probable que se realice si el banco transfiere el costo de verificar el título de la garantía al prestatario a través de una tarifa de originación. El prestatario tendría que obtener una tasa de rendimiento muy alta sobre los

fondos prestados, más allá de los pagos de intereses del préstamo, para cubrir el costo de la búsqueda de títulos, ese que he postulado en 3.000 dólares.

La lección que derivamos de este simple ejemplo es que la decisión de participar en préstamos garantizados depende de manera crítica del valor principal del préstamo. Como mínimo, este debe ser lo suficientemente grande como para exceder los costos de una búsqueda de título y los otros costos de originar y administrar el préstamo. Si el costo de una búsqueda de títulos es positivo, como siempre lo será, entonces el valor principal del préstamo debe ser lo suficientemente grande como para cubrir los costos de búsqueda de títulos.

Ni el banco ni los propietarios de las parcelas de tierra recién formalizadas que son el objetivo del esfuerzo de reforma de la formalización estarán interesados en participar en la obtención de préstamos si el valor principal del préstamo es demasiado pequeño para cubrir los costos de verificar el título de la garantía.

Se proporciona una confirmación indirecta de esta observación al examinar un mercado relativamente inusual para préstamos garantizados en los Estados Unidos, donde la garantía cobra la forma de un arrendamiento. No existe una razón conceptual por la que un inquilino no pueda usar su contrato de arrendamiento como garantía para un préstamo.

Obviamente, esto es poco común. Nunca he oído hablar de un inquilino residencial con un contrato de arrendamiento anual que garantice un préstamo usando el arrendamiento como fianza. Hay ejemplos de arrendamientos que se utilizan como garantía en el contexto de préstamos comerciales. Las tiendas de víveres, por ejemplo, comúnmente celebran contratos de arrendamiento de veinte a veinticinco años para los edificios en los que operan, y han utilizado estos alquileres como garantía para garantizar líneas de crédito renovables.

Por lo general, múltiples contratos de arrendamiento se agrupan en un solo paquete de garantías. Tiene sentido: cuantos más arrendamientos se agrupen, mayor será la garantía y mayor el monto principal del préstamo. Los propietarios de apartamentos cooperativos son otro ejemplo. Las personas que compran apartamentos cooperativos hoy pueden obtener hipotecas para comprar su unidad en el edificio.

Técnicamente, los activos que aseguran la hipoteca son las acciones que posee el propietario de la unidad en la corporación cooperativa. Pero la única razón por la cual las acciones tienen algún valor económico es porque vienen con un

arrendamiento a largo plazo de una unidad de apartamento en particular, ese que a menudo vale un millón de dólares o más en un mercado como la ciudad de Nueva York.²¹

Estos ejemplos de hipotecas de arrendamiento muestran que los préstamos garantizados no existen cuando el arrendamiento tiene un valor relativamente pequeño, como sería el caso de un arrendamiento residencial a corto plazo. Cuando el valor del arrendamiento es grande, ya sea porque es un arrendamiento comercial importante o porque se trata de un arrendamiento residencial a muy largo plazo, aparece como por arte de magia un préstamo garantizado.

Esto confirma que los préstamos garantizados son factibles solo cuando el valor de la garantía --y, por lo tanto, el monto principal del préstamo--, es lo suficientemente grande como para justificar los costos de realizar una búsqueda de título y los otros costos asociados con el origen y administración del préstamo.

En segundo lugar, los préstamos garantizados solo funcionan si existe una amenaza creíble por parte del prestamista de ejecutar la garantía si el préstamo está en mora. Esto no se debe a que los prestamistas tengan ningún deseo de tomar posesión de la garantía. Tomar posesión de la garantía suele ser una propuesta perdedora para el prestamista.²² La razón por la que los prestamistas prefieren otorgar préstamos garantizados es que les brinda un mayor apalancamiento para convencer a los prestatarios de continuar pagando el préstamo.

Ese apalancamiento existirá solo si el prestamista tiene una *amenaza* creíble para tomar posesión de la garantía. Y la amenaza de ejecución hipotecaria será creíble solo si los costos del proceso de ejecución hipotecaria son menores que el valor que obtendrá la garantía en una venta una vez que se incauta.²³

En los Estados Unidos la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles es costosa. A menudo conlleva una audiencia judicial, y si el deudor no renuncia voluntariamente a la posesión, la oficina del alguacil lleva a cabo un procedimiento de desalojo. Debido a varios derechos legales de rescate, la ejecución hipotecaria también destruye el valor, reduciendo el precio que puede obtener la propiedad embargada en una venta hasta en un 40%.²⁴ La ejecución hipotecaria de préstamos para automóviles morosos, que se llama recuperación, es menos costosa. Por utilizar una imagen, implicaría el uso de uno de esos hombres que mandan a encontrar el vehículo y remolcarlo en la oscuridad de la noche, lo que puede provocar conflictos o litigios.

Por contraste, cuando consideramos un tercer tipo de préstamo garantizado, los costos de ejecución hipotecaria resultan muy pequeños. Las casas de empeño prestan dinero a personas aseguradas con garantías en forma de propiedad personal --joyas, instrumentos musicales, pistolas, etc. El aspecto único de las casas de empeño es que la posesión de la garantía se transfiere a la tienda durante la duración del préstamo. Hay una variedad de explicaciones para esta práctica, pero seguramente una es que los costos de la ejecución hipotecaria se reducen de manera drástica cuando la garantía ya está en manos del prestamista.

Si el prestatario no paga, la casa de empeño simplemente toma la propiedad que sirve de garantía y la vende. Si el colateral permanece con el prestatario, sería prohibitivamente costoso (en relación con el valor del colateral) contratar a un uno de esos hombres para tomar posesión de la guitarra o el anillo de compromiso que asegura el préstamo, incluso suponiendo que se pueda acceder a la vivienda donde se guardan estos objetos.

Una vez más, podemos ver que el valor de la garantía es crítico al comparar la práctica de los préstamos de las casas de empeño con otras formas de préstamos garantizados que utilizan bienes personales como garantía. Diversas formas de propiedad personal --automóviles, aviones y embarcaciones-- sirven como garantía para préstamos garantizados. Al igual que las guitarras y los anillos de compromiso, y a diferencia de la tierra, son móviles y ocultables.

Sin embargo, para estas formas de propiedad personal de alto valor, la garantía permanece con el prestatario. Los costos de recuperación son lo suficientemente bajos en relación con el valor de la garantía para que esto sea factible.

El hecho de que las casas de empeño insistan en una transferencia de posesión al prestamista como condición para otorgar el préstamo, refleja los costos relativamente altos de la ejecución hipotecaria en relación con el valor de la garantía. Por lo tanto, la experiencia histórica de las casas de empeño confirma de alguna manera que la garantía de bajo valor no respaldará un robusto sistema de préstamos garantizados, a menos que la posesión de la garantía se transfiera al prestamista antes de que se otorgue el préstamo.

Y, por supuesto, en el caso de las parcelas de tierra y los accesorios descritos por de Soto, la transferencia de posesión al prestamista antes del préstamo anularía el propósito de generar un mercado de crédito garantizado para impulsar el crecimiento económico.

Hay otra razón cultural por la que es poco probable que la amenaza de ejecución hipotecaria sea creíble con respecto a la tierra recién formalizada. La ejecución hipotecaria implica la voluntad de permitir que los derechos de propiedad superen los derechos de posesión. Si el *ethos* dominante de la comunidad de ocupantes ilegales es la posesión, puede ser difícil aceptar la idea de que un prestamista puede expulsar a un poseedor por falta de pago de un préstamo.

Aquí hay un paralelo con el comportamiento de las llamadas asociaciones de reclamos en los Estados Unidos del siglo XIX, que se negaron a permitir que los ocupantes ilegales fueran desplazados por personas que habían comprado esas tierras en compras formales.²⁵ Con el tiempo, es razonable pensar que el espíritu de la comunidad de ocupantes ilegales dará paso a una sensibilidad que reconoce la necesidad de ejecuciones hipotecarias periódicas de los deudores que, por cualquier motivo, no pueden pagar el préstamo. Pero es probable que desarrollar esa ética tome algo de tiempo y experiencia con el proceso de préstamos garantizados y ejecuciones hipotecarias periódicas.

Otros caminos

Soy muy comprensivo con la estrategia de reforma básica esbozada por de Soto: consiste en llevar a las comunidades de migrantes al mundo del capitalismo moderno al mejorar la seguridad de sus derechos a las posesiones materiales y darles acceso a los mercados de crédito para que puedan participar en pequeñas empresas emprendedoras. Si la formalización de los derechos de posesión no funciona para producir estos resultados, ¿hay otras ideas que podrían funcionar mejor?

Quizás la propuesta más extendida para crear mejores oportunidades de acceso al capital entre los pobres del mundo se conoce como microfinanzas. Aunque existen muchas variaciones, la idea fundamental consiste en establecer entidades sin fines de lucro que obtienen financiamiento de países desarrollados u organizaciones internacionales y luego otorgan pequeños préstamos no garantizados a personas en países en desarrollo con el fin de mejorar la tierra, iniciar negocios, etc.²⁶

Han logrado un éxito mixto. La literatura sobre la promesa y los peligros de las microfinanzas es vasta. Ha habido algunas propuestas ingeniosas para usar la presión social para alentar el reembolso de los préstamos. Pero debido a que estas propuestas generalmente no implican ninguna modificación de las instituciones de propiedad, tengo poco que decir sobre ellas.

Una alternativa que implicaría la modificación de las instituciones de propiedad sería llevar a cabo una estrategia de formalización siguiendo las líneas propuestas por de Soto, pero de manera mucho más modesta. Quizás la falla central en el proyecto de formalización planteado por de Soto consista en que busca saltar de los derechos de posesión a los derechos de propiedad. Un enfoque más prometedor podría ser comenzar de manera más modesta con la formalización de los derechos de *posesión*, en vez de tratar de transformar los derechos de posesión en derechos de propiedad.

El propio de Soto ha demostrado que en algunos de los barrios marginales y favelas que describe, los poseedores colocan letreros en sus propiedades que atestiguan sus derechos de posesión. También ha desarrollado evidencia de que los derechos de posesión se transfieren dentro de estas comunidades.²⁷

Esto sugiere que una reforma más modesta, con una perspectiva posiblemente mayor de éxito, sería crear un sistema de prueba documental de *posesión*. Los poseedores de pequeñas parcelas de tierra y accesorios recibirían certificados de propiedad que describieran y atestiguaran la posesión de una parcela particular de tierra y accesorios asociados.

Las personas que tengan el certificado de posesión podrían pedir al Estado rechazar a los intrusos. Las transferencias de los certificados significarían una transferencia de posesión. El estado de Minnesota ha adoptado un programa de certificados de títulos de posesión que podría servir como modelo potencial para esa reforma.²⁸

La legalización de los derechos de posesión debería mejorar la seguridad de estos reclamos al permitir que las disputas sobre el tema se resuelvan mediante un proceso legal en vez de depender únicamente de la autoayuda o de la presión social. Entre otros beneficios, esto permitiría a los miembros del hogar abandonar la parcela familiar durante el día para buscar empleo, en lugar de requerir que al menos un miembro permanezca en las instalaciones para protegerse de los usurpadores.²⁹

También facilitaría la transferencia de los derechos de posesión de un reclamante a otro. Uno podría imaginar un sistema de derechos de propiedad formalizados que evolucionen hacia préstamos garantizados, al menos a nivel del vecindario. Quizás con el tiempo evolucionaría a algo así como una propiedad en toda regla. Al menos un "humano" puede imaginar que esto sería posible.

Otra reforma potencial sería alentar el desarrollo de empresas dedicadas a compilar puntajes de crédito de individuos que participan en las economías informales de las comunidades de migrantes. Históricamente, las formas

principales de préstamos personales se basaban en la reputación del prestatario, tal como la conoce el prestamista, o en la publicación de garantías para dar el préstamo.

Las economías modernas, como la de los Estados Unidos, han desarrollado una tercera forma: lo que puede llamarse préstamos algorítmicos. La idea básica consiste en recopilar datos sobre el comportamiento pasado del prestatario potencial y procesarlo mediante un algoritmo que predice la probabilidad del reembolso de un préstamo.

El ejemplo más familiar es el préstamo de tarjetas de crédito, donde la emisión de la tarjeta y la determinación de la línea de crédito se basa en un análisis algorítmico del patrón histórico de comportamiento del prestatario al participar en transacciones financieras. Se utilizan ampliamente técnicas similares para evaluar a los solicitantes de préstamos de compra de dinero para automóviles, viviendas y otros. Estudios recientes sugieren que incluso los préstamos entre pares, concebidos originalmente como una forma alternativa de financiamiento que se libraría de las formas convencionales de préstamo, han sido subsumidos en gran medida por instituciones que dependen de los puntajes de crédito y el análisis algorítmico de las características del prestatario.³⁰

Todo anterior sugiere que las economías en desarrollo podrían hacer mucho para mejorar el acceso al capital financiero al promover o incluso subsidiar la aparición de empresas dedicadas a recopilar los datos necesarios para desarrollar préstamos algorítmicos.

El desarrollo de esta industria requiere existencia de algún método para recopilar información sobre el comportamiento pasado del prestatario en lo referido al pago de diversas obligaciones, que a su vez se pueden sintetizar en un puntaje de crédito. Si una persona tiene un historial de pago constante de obligaciones, su puntaje de crédito aumenta, lo que resulta en un mayor acceso al crédito de varias fuentes.

El sistema funciona solo si se puede compartir información entre los prestamistas sobre el desempeño pasado de los prestatarios, lo cual requiere cierta garantía de confidencialidad. Esto, a su vez, demanda la promulgación y aplicación de una legislación apropiada que permita compartir información mientras se protege contra la divulgación no autorizada. Si se puede adoptar una legislación adecuada que brinde estas garantías, la información puede distribuirse digitalmente, a un costo mucho menor que el asociado con la verificación de la propiedad sirviendo de garantía y la participación en el proceso de ejecución hipotecaria.

El truco para extender los préstamos algorítmicos a los pobres urbanos en los países en desarrollo radica en introducirlos en el sistema de hacer compras con crédito. Obviamente, debe existir una infraestructura legal que permita recopilar información sobre el comportamiento individual con respecto al crédito, junto con las garantías apropiadas de confidencialidad. Si esto se establece, entonces los pobres podrían comenzar con tarjetas de débito simples, basadas en saldos de crédito prepagados.

Una vez que los individuos hayan establecido un historial de uso adecuado de esas tarjetas de débito, los bancos podrían estar dispuestos a ofrecerles tarjetas de crédito con pequeñas líneas de crédito. La gestión exitosa de la tarjeta de crédito conduciría a líneas de crédito cada vez más grandes, hasta el punto en que el prestatario podría financiar una pequeña tienda u otra empresa emprendedora.

Nada de esto será fácil de lograr para los países en desarrollo. Pero las demandas de costos de información deberían ser mucho más bajas que las asociadas con los préstamos garantizados, al menos cuando el valor de la garantía es relativamente pequeño en relación con el valor del préstamo.

Conclusión

El trabajo pionero de Hernando de Soto sobre las comunidades de migrantes en los países en desarrollo proporciona información importante sobre la relación entre posesión y propiedad. Sus estudios ayudan a ver que un amplio sistema de asignación de recursos por posesión ocurre de manera generalizada en contextos donde los derechos de posesión no pueden considerarse representantes de la propiedad.

Su defensa de la formalización de los derechos de posesión sobre la propiedad, a fin de impulsar los préstamos garantizados a las personas que viven en estas comunidades de migrantes, ha fracasado en gran medida. Una vez que comprendemos que las raíces de este fracaso radican en los costos de información muy altos asociados con los sistemas de propiedad, estamos en una mejor posición de identificar estrategias alternativas para hacer que el capital esté más ampliamente disponible para las personas en estas comunidades.

Este artículo apareció originalmente en 6 Bringham-Kanner Property Rights Conference J 113, 2017:

-
- 1 Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* 78-79 (2000) [en lo adelante De Soto, *Mystery*].
- 2 Thomas Merrill, "Ownership and Possession", en *LAW AND ECONOMICS OF POSSESSION* (Yun-chien Chang ed., 2015); Thomas W. Merrill, "Property and the Right to Exclude II", 3 *BRIGHAM-KANNER PROP. RTS. CONF. J.* 1, 13-21 (2014).
- 3 La distinción a menudo se expresa en términos de si la propiedad emerge "de abajo hacia arriba" (evolucionando a partir de normas sociales) o "de arriba hacia abajo" (es impuesta por el Estado). Ver James E. Krier, "Evolutionary Theory and the Origin of Property Rights", 95 *CORNELL L. REV.* 139 (2009); Thomas W. Merrill, "Introduction: The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights", 31 *J. LEGAL STUD.* S331 (2002).
- 4 Klaus Deininger & Gershon Feder, "Land Registration, Governance, and Development: Evidence and Implications for Policy", 24 *WORLD BANK RES. OBSERVER* 233 (2009).
- 5 Para ampliar sobre los proyectos de formalización, ver *infra* Parte II
- 6 Ver *infra* notas 13-14 y texto.
- 7 Ver Thomas W. Merrill, *Possession as a Natural Right*, 9 *N.Y.U. J. L. & LIB.* 345, 356-63 (2015) (and sources cited).
- 8 DANIEL KAHNEMAN, *THINKING FAST AND SLOW* (2011)..
- 9 Benito Arruñada, "Property Enforcement as Organized Consent", 19 *J.L. ECON. & ORG.* 401 (2003).
- 10 Kahneman, *supra* nota 4
- 11 Merrill, *supra* note 7.
- 12 Cf. Carol M. Rose, *The Law is Nine-Tenths of Possession: An Adage Turned on Its Head* 40, in *LAW AND ECONOMICS OF POSSESSION* (Yun-chien Chang ed. 2015) (arguing that possession is best explained by "acting like an owner").
- 13 HERNANDO DE SOTO, *THE OTHER PATH* 17-127 (1989) [hereinafter DE SOTO, *THE OTHER PATH*].
- 14 Ver DE SOTO, *MYSTERY*, *supra* note 1 at 15-37.
- 15 Ver *id.* at 153-205.
- 16 BENITO ARRUÑADA, *INSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF IMPERSONAL EXCHANGE: THEORY AND POLICY OF CONTRACTUAL REGISTRIES* 148-50 (2012); Rashmi Dyal-Chand, *Leaving the Body of Property Law? Meltdowns, Land Ruses, and Failed Economic Development*, in HERNANDO DE SOTO AND *PROPERTY IN A MARKET ECONOMY* 90-91 (B. Barros ed., 2010); John Gravois, *The De Soto Delusion*, *SLATE* (Jan. 29, 2006), http://www.slate.com/articles/news_and_politics/hey_wait_a_minute/2005/01/the_de_soto_delusion.html.
- 17 Deininger & Feder, *supra* nota 3; ver asimismo Niall Ferguson, *The Ascent of Money* 278 (2008) (citando evidencia de que solo el 4% de los ocupantes ilegales con título formal en Quilmes, Argentina, logró obtener una hipoteca).
- 18 Daniel Fitzpatrick, "Evolution and Chaos in Property Rights Systems: The Third World Tragedy of Contested Access", 115 *YALE L.J.* 996, 1038-42 (2006).
- 19 *Id.* at 1042-45.
- 20 Ver De Soto, *Mystery*, *supra* nota 1, en 73-74; 153. Ver Michael H. Schill *et al.*, "The Condominium Versus Cooperative Puzzle: An Empirical Analysis of Housing in New York City", 36 *J. LEGAL STUDIES* 275, 281 (2007).
- 21 Ver Michael H. Schill *et al.*, "The Condominium Versus Cooperative Puzzle: An Empirical Analysis of Housing in New York City", 36 *J. LEGAL STUDIES* 275, 281 (2007).
- 22 Ronald Mann, "The Concept of Collateral", en *CASES AND MATERIALS ON COMMERCIAL FINANCE* (2017).

²³ Por "costos del proceso de ejecución hipotecaria"; me refiero a los costos de obtener la posesión de la garantía y venderla para recuperar parte o la totalidad del valor principal del préstamo.

²⁴ Mann, *supra* nota 22 (citando estadísticas sobre préstamos inmobiliarios comerciales que indican que "una venta de ejecución hipotecaria típica resulta en una pérdida para el prestamista de aproximadamente el 40% del monto original de su préstamo").

²⁵ De Soto, *Mystery*, *supra* nota 1, en 108-48.

²⁶ Ver en general Katherine Hunt, "The Law and Economics of Microfinance", 33 J. L. & COM. 1 (2104).

²⁷ Ver de Soto, *The Other Path*, *supra* nota 8 en 25-26.

Kimball Foster, "Certificates of Possessory Title: A Sensible Addition to Minnesota's Successful Torrens System", 40 WM. MITCHELL L. REV. 112 (2013).

²⁸ Kimball Foster, "Certificates of Possessory Title: A Sensible Addition to Minnesota's Successful Torrens System", 40 WM. MITCHELL L. REV. 112 (2013).

²⁹ Ver Erica Field, "Entitled to Work: Urban Property Rights and Labor Supply in Peru", 122 Q.J. ECON. 1561 (2007).

³⁰ Kathryn Judge, "The Future of Direct Finance: The Diverging Paths of Peer-to-Peer Lending and Kickstarter", 50 WAKE FOREST L. REV. 603 (2015).