

Posesión e inscripción

Possession and registration

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doctor en Derecho y Ciencia Política

RESUMEN: La posesión se protege para ahorrar costes de información, especialmente cuando no compensa al poseedor la formalización de la propiedad, pero, por lo que respecta a la propiedad inscrita, en un Estado moderno con un registro, especialmente si es de derechos, la protección de la posesión extra registral debe ser marginal, e, idealmente, nula, pues, de lo contrario, no solo impedirá la reducción de tales costes, sino que los encarecerá.

ABSTRACT: *Possession is protected in order to save information costs, especially when the possession is not compensated by the formalisation of ownership, but, as far as registered property is concerned, in a modern State with a register, especially if it is of rights, the protection of extra-registry possession must be marginal, and, ideally, null, otherwise, not only will it prevent the reduction of such costs, but it will also increase them.*

PALABRAS CLAVE: Posesión, costes de información, inscripción, *inter partes*, *inter tertios*, seguridad del tráfico jurídico.

KEYWORDS: *Possession, information costs, inter partes, inter tertios, ius disponendi, security of legal traffic.*

SUMARIO: I. UNA REFLEXIÓN GENERAL SOBRE LA POSESIÓN.—II. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN UNA VEZ DESARROLLADO EL CONCEPTO DE PROPIEDAD.—III. POSESIÓN Y REGISTRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: APROXIMACIÓN GENERAL. 3.1. PRIMERA FASE. DESDE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 AL TEXTO REFUNDIDO DE

1946: LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS COMO SOLUCIÓN DE COMPROMISO. 3.2. SEGUNDA FASE. DESDE EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO 1946: EL FIN DE LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS.—IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES MÁS RELEVANTES. 4.1. LA PRETENDIDA RELEVANCIA DE LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL PARA DESTRUIR LA BUENA FE DE UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. 4.2. LA DILIGENCIA EXIGIBLE A UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 LH PARA QUEDAR PROTEGIDO FRENTE A UNA USUCAPIÓN CONTRA TABULAS. 4.3. LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 448 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. 4.4. LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO.—V. CONCLUSIONES

I. UNA REFLEXIÓN GENERAL SOBRE LA POSESIÓN

La posesión es un tema especialmente dificultoso. Es un tema difícil en sí mismo porque, como afirma DIEZ PICAZO¹, no es posible reducir a un esquema unitario todos los supuestos que aparecen protegidos por lo que pueden denominarse “normas posesorias”. Y, en relación al Derecho español², la dificultad aumenta porque la regulación de la posesión en el ordenamiento jurídico histórico español ha sido moldeada, al igual que ha sucedido en las demás legislaciones latinas, por elementos combinados del Derecho germánico —como la posesión de año y día—, del Derecho romano, concretamente postclásico, cuya influencia es muy marcada, y del Derecho canónico, a través, fundamentalmente, de la *actio spolii*.³

Con independencia de las dificultades que ofrece su conceptualización —un empeño más propio de los juristas del *Civil Law* que de los juristas del *Common Law*—⁴, lo que no parece objetable es que la posesión es un hecho social. Cada persona, afirma MERRILL⁵, observa constantemente objetos a su alrededor —si bien a los efectos de este estudio interesan especialmente los bienes inmuebles— y, solo con observar algunas señales físicas, puede decir si esos bienes están siendo poseídos o no. No podrá, en esa primera mirada, saber quién es el poseedor, ni si el poseedor es el propietario, pero, para evitar vulnerar derechos ajenos, partirá de la presunción de que el poseedor es el propietario, pese a que en una economía con un alto grado de especialización la posesión no sea signo fiable de propiedad, pues cabe una pluralidad de derechos reales concurrentes sobre la misma cosa, no todos los cuales, además, son susceptibles de posesión.

No solo hay una presunción social, sino también una presunción legal, mantenida a lo largo del tiempo. Así, el artículo 448 del Código civil dispone: “*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo.*”. ¿A qué se debe esta pre-

sunción?. Además de a las razones comúnmente alegadas —esencialmente, preservación de la paz social, *ne cives ad arma veniant*—, se debe a que la inercia histórica mantiene una regla justificada en su origen.

En efecto, en una economía de subsistencia, con formas primigenias de organización social y política, compuestas por unidades autárquicas o cuasi-autárquicas de producción y de consumo, normalmente familiares, la tierra se posee para habitarla, para cultivarla, y obtener los rendimientos necesarios para la manutención y, en su caso, para enterrar a los muertos.

Los intercambios son marginales. No hay propietarios, solo poseedores, y la posesión es, por así decir, la forma ordinaria y de mayor grado de reconocimiento de la identidad de quien tiene el poder de decisión sobre el bien que se concreta en el uso y aprovechamiento del mismo. Como observó POLLOCK⁶ el poder real de la posesión radica en el reconocimiento por los vecinos que, a su vez, descansa en la apariencia de legalidad. En este contexto de economía de subsistencia la posesión opera solo dentro de audiencias muy limitadas, o, en otros términos, el reconocimiento opera solo dentro del grupo que conforma la comunidad en la que se inserta el poseedor, normalmente de pequeño tamaño.

Conforme se va evolucionando desde una economía de subsistencia a otra de intercambio, primero entre amigos y conocidos y, paulatinamente, entre desconocidos, va aumentando la especialización. No solo importa la tenencia, manifestada en la posesión, sino también los intercambios y el uso de las tierras como garantía crediticia y, por lo tanto, la formalización de titularidades oponibles dentro de ámbitos jurisdiccionales más amplios que también incluyen a los extraños. La formalización de esas titularidades va evolucionando hasta que, tras la revolución liberal y la consagración del concepto de propiedad privada en los códigos civiles modernos, se configura como una función esencial del Estado moderno. Y la propiedad conlleva la posesión como derecho, esto es, el *ius possidendi*.

Correlativamente, el aumento de la especialización posibilitado por los intercambios hace que puedan concurrir sobre los inmuebles simultáneamente diferentes *iura in rem*, no todos los cuales conllevan posesión. Con ello, la posesión deja de ser un signo fiable de propiedad, pues si bien la propiedad conlleva el *ius disponendi*, no todo el que ejerce un *ius possessionis* lo ejerce por ser propietario, sino como concesión del mismo o por otras circunstancias —poseer a título de dueño sin oposición alguna, de buena o mala fe, por ejemplo—.

En estas circunstancias, ¿se justifica la regla de que al poseedor se le presume propietario? La explicación clásica es que con ello se preserva la paz social. Quizás pueda ser la explicación en última instancia, pero, en mi opinión, hay otra explicación más consistente con la naturaleza del Estado moderno. El Estado moderno surgido de la revolución liberal es un Estado de Derecho. En él nadie puede tomarse la justicia por su mano. La función de administrar justicia, recurriendo para ello, si

preciso fuere, al uso de la fuerza corresponde en exclusiva al Estado. Por ello, carece de justificación la pervivencia de tal presunción, por innecesaria, especialmente en un Estado que se ha dotado de un Registro de derechos, en cuyo caso la presunción que procede es la inversa, esto es, que al propietario según la inscripción se le presume poseedor. Y eso es, precisamente, lo que hace el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Quizás llevase razón IHERING⁷ cuando afirmaba que la protección del poseedor no tiene por finalidad protegerlo frente a un propietario no poseedor que reclama ser restituído en su posesión, sino, precisamente, la protección de los propietarios, los cuales, normalmente, son también poseedores y la recuperación de la posesión mediante el ejercicio de acciones posesorias puede ser más fácil y menos costosa que mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, cuyo éxito requiere la prueba del derecho de propiedad por parte del demandante, una prueba tradicionalmente difícil, denominada por ello *probatio diabólica*. Es más sencillo suponer, afirma este autor, que los interdictos fueron creados para proteger a los propietarios, que son estadísticamente los poseedores habituales, simplificando la prueba, si bien este fin no puede alcanzarse sin conceder la misma protección a los no propietarios, incluidos los usurpadores.

Este razonamiento puede admitirse para una economía de subsistencia e, incluso, para una economía de intercambio con un grado primario de especialización y en relación a bienes cuya explotación presente asimismo una especialización escasa, pero no en otro caso. Por ejemplo, si, como sucede en materia de vivienda, el número de inquilinos en España es aproximadamente el 25%, por lo que no parece que tenga sentido presumir que los poseedores de viviendas son propietarios, con todo lo que ello implica, sino, en todo caso, que los propietarios son poseedores, por dos razones: a) porque la propiedad conlleva el *ius possidendi* y b) porque la presunción admite una fácil prueba en contrario, cual es la exhibición del título que legitima la posesión concedido por el propietario o su representante voluntario o legal.

A ello hay que añadir que, una vez implantados y desarrollados los registros de derechos, la prueba de la propiedad no solo no es una prueba diabólica, sino que es sencilla porque, en ellos, la inscripción, que es un acto de soberanía, es el título ⁸. Sobre este aspecto, esencial, volveré más tarde.

II. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN UNA VEZ DESARROLLADO EL CONCEPTO DE PROPIEDAD.

Desde una perspectiva general, MERRILL⁹ plantea la cuestión de por qué el sistema legal protege tanto la propiedad como la posesión. Puede entenderse,

afirma, que en un mundo pre-moderno, con altas tasas de analfabetismo, carente de los modernos sistemas registrales —habría que matizar, especialmente si carecen de registros de derechos— la ley proteja la posesión. En un mundo tal, afirma, podría no haber un concepto de propiedad más allá de entender que las personas deberían respetar los derechos posesorios establecidos por otros. Resulta menos claro por qué la posesión debería ser protegida, una vez que se desarrolla el concepto de propiedad. Propiedad y posesión normalmente se entrecruzan y protegiendo la propiedad se protege la posesión, al menos en aquellos contextos en los que posesión y propiedad coinciden. Sin embargo, incluso en los sistemas legales más sofisticados en los que las inscripciones digitales y los registros de derechos protegen la propiedad, se sigue protegiendo la posesión independientemente de la propiedad. En opinión de este autor, ello se debe a que la protección de la posesión ahorra costes de información.

Si aceptamos que la posesión es un hecho social fácilmente observable, ciertamente la protección de la posesión ahorra o puede ahorrar costes de información. Sucede así en relación a los bienes muebles de escaso valor y durabilidad, por ejemplo, en relación a los cuales, su valor no compensa el sobre coste de la formalización como propiedad o, incluso, el adquirente no suele conservar el documento que acredita su adquisición. Si los bienes son más valiosos y durables, como, por ejemplo, los inmuebles, la cuestión se complica. Si se trata de un contexto en el que el poseedor vive en un entorno de amigos y conocidos, sin pretensión de intercambiar el bien ni de usarlo como garantía, puede optar por no formalizar su adquisición en propiedad, y ser simplemente un poseedor, pues el vecindario atribuirá a su situación presunción de legalidad.

Ello significa, como observa este autor, que posesión y propiedad se mueven en escenarios distintos: la posesión ahorra costes de transacción en relación a entornos de amigos y conocidos, pero no respecto de extraños, como pueden ser potenciales adquirentes o acreedores, los cuales requieren una prueba de propiedad y, en relación a ellos, los registros de derechos son instrumentos de reducción de costes de información y, por lo tanto, de transacción.

Ello plantea la cuestión de si, en relación a este tipo de bienes, en sistemas legales con registros de derechos, la protección de la posesión también ahorra costes de información.

La respuesta es que las únicas situaciones posesorias extra registrales cuya protección no dificulta el ahorro de costes de información son aquellas que se basan en un título de legitimación concedido por el titular registral, o bien su representante voluntario o legal. Por el contrario, si se concede relevancia jurídica a situaciones posesorias carentes de dicho título, de manera que puedan frustrar la adquisición efectuada por quien adquirió del titular registral, la protección de

dichas situaciones posesorias genera inseguridad y eleva, en consecuencia, los costes de información y de transacción.

Lo hace, además, de una forma injustificada, pues, si ostenta un título de adquisición negocial, podía evitar ser privado de su derecho obteniendo la inscripción de su titularidad sobre el mismo, y si carece de dicho título no puede someter a incertidumbre la adquisición efectuada por el tercero de un titular registral y posterior inscripción de la titularidad así adquirida.

¿Por qué se da relevancia jurídica a ciertos efectos a la posesión extra registral? Normalmente, por inercias históricas derivadas de la protección de intereses predominantes en su momento. La consecuencia es que se dificulta el intercambio impersonal y la financiación con garantía inmobiliaria, en consecuencia, la productividad, la competitividad y, en última instancia, la creación de riqueza y de bienestar.

III. POSESIÓN Y REGISTRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: APROXIMACIÓN GENERAL

El análisis de las relaciones entre posesión y Registro de la Propiedad en el ordenamiento jurídico español ofrece, además de las dificultades propias de la posesión, dificultades adicionales, por dos razones.

En primer lugar, la sustitución de la denominada fe pública registral, introducida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH) de 1861 como eje de la reforma, por las notificaciones posesorias llevada a cabo por la LH 1869, tuvo como consecuencia que, hasta la reforma de 1944-46, el sistema registral tuviese como efecto la inoponibilidad, pero no la fe pública registral, por lo que el Código civil solo hace referencia a la primera.

Ello ha tenido, entre otras, una consecuencia relevante: a la hora de estudiar el sistema adquisitivo doctrina y jurisprudencia se han centrado en el Código civil.¹⁰

No solo eso, buena parte de la doctrina centra la potencia transmisiva en el título, en los “ciertos contratos” del artículo 609 del Código civil —pese a que la Base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que le sirve de fundamento dice claramente que “los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir”— relegando la tradición a un mero traspaso posesorio simbólico en cumplimiento de una obligación de entrega de un negocio jurídico obligatorio precedente.

Ello implica dar una relevancia desmesurada a la posesión a título de dueño como signo de propiedad, relevancia que, a mi juicio, no es consistente ni con la variedad de títulos posesorios que permiten los inmuebles, ni con la variedad

de derechos de aprovechamiento simultáneos que permiten estos mismos bienes, ni con el hecho de que, en un moderno Estado de Derecho, la propiedad es una función del Estado. En este contexto adquieren mayor relevancia los títulos mediante los cuales el Estado reconoce la propiedad que la posesión derivada de los títulos mediante actos o negocios entre particulares sin someterlos al reconocimiento por parte del Estado.

En segundo lugar, la introducción —en realidad, reintroducción— de la denominada fe pública registral por la reforma de 1944-46, ochenta y cinco años después de su derogación, ha dado lugar a que doctrina y jurisprudencia la interpreten como un cuerpo extraño dentro del sistema transmisivo, en el cual el Registro de la Propiedad venía siendo un sistema de publicidad con la inoponibilidad como efecto más relevante.

En efecto, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias interpretan que, en el ordenamiento jurídico español, el sistema ordinario de transmisión, en general, y también, de bienes inmuebles, y, por lo tanto, también de bienes inmuebles inscritos, es el contenido en el artículo 609 del Código civil —complementado por el artículo 1095 del mismo— y que, por lo tanto, los procesos transmisivos se consuman extra registralmente. El Registro de la Propiedad se limita a darles publicidad, produciendo el efecto de inoponibilidad —artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria—, de presunción *iuris tantum* de titularidad y posesión en los términos que resultan del Registro de la Propiedad —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— y, en ciertos casos, de protección de ciertos adquirentes *a non domino* —artículo 34 de la Ley Hipotecaria—, en aras, en última instancia, de la seguridad del tráfico jurídico, sin que, por lo tanto, la Ley Hipotecaria modifique el sistema ordinario de transmisión del Código civil que es, además, el general.

Esta sería la única función de la fe pública registral: la protección, en ciertas circunstancias, de los denominados adquirentes *a non domino* a costa, por lo tanto, de sacrificar los derechos del denominado *verus dominus* en aras de la seguridad del tráfico jurídico, por lo que su alcance debe ser reducido todo lo posible. Ello tiene como consecuencia dotar de una relevancia injustificada a la posesión extra registral como enervadora de la buena fe exigida por el artículo 34LH y ello pese a que el Texto Refundido de 1944-45 vede las inscripciones posesorias expulsando del Registro el *ius possessionis*.

Ciertamente, la protección de ciertos adquirentes *a non domino* es una de las consecuencias —una consecuencia excepcional— de la función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero no es esa su función. Su función consiste en articular un sistema transmisivo inmobiliario adecuado a las exigencias del intercambio impersonal característico de una economía de mercado, al igual que, en su momento, sucedió con el régimen civil de la cesión de créditos para facilitar su circulación sin merma de la seguridad del titular del crédito.

Conviene subrayar que en materia de cesión de créditos el régimen civil se contiene en los artículos 1526 a 1536 del Código civil y el régimen de transmisión cambiaria o endoso en los artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuyos artículos 19 y 20 se incorpora la regla conforme a la cual se reconocen al adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento del endoso derechos superiores al del denominado *verus dominus*.

Lo mismo sucede en relación a la transmisión de bienes inmuebles. En efecto, lo que podríamos denominar el régimen civil de la transmisión onerosa de las titularidades inmobiliarias se regiría por el régimen contenido en el propio Código civil, ordinariamente el de los artículos 609 y 1095, conocido bajo la denominación de teoría del título y el modo. Y lo que podríamos denominar el régimen de transmisión a título oneroso adaptado a la economía de mercado o régimen registral de transmisión, se regiría por los citados artículos del Código civil y por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, la función de la denominada fe pública registral es la de articular un sistema de transmisión registral dirigido a disminuir los riesgos de los adquirentes con la finalidad de facilitar tanto el crédito como el comercio. Una de las consecuencias —excepcionales— de dicho sistema consiste en la protección de ciertos adquirentes que solo excepcionalmente lo son *a non domino*, como sucede en todo el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, incluidos los ámbitos cambiario y mobiliario, tanto de bienes muebles tradicionales como de valores, con la diferencia adicional, a mayor abundamiento, de que en el ámbito inmobiliario no se exige al adquirente que no haya incurrido en *culpa lata* para quedar protegido —artículo 34 de la Ley Hipotecaria—, a diferencia de lo que sucede en los demás casos: títulos al portador —artículo 545 del Código de Comercio—, letras de cambio —artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque—, cheques —artículo 119 de la misma Ley— o anotaciones en cuenta —artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores—. Tampoco se exige al adquirente para quedar protegido que no haya incurrido en *culpa lata* en el caso de la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público —artículo 85 del Código de Comercio—. Debe subrayarse que en ambos casos, Registro y almacenes o tiendas abiertas al público, se trata de establecimientos de acceso público.

Una vez realizada la aproximación general, procede abordar la relación entre posesión y Registro en el sistema jurídico español. A efectos de la claridad expositiva, distinguiré dos fases: 1. Desde 1861 al Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 1946; 2. Desde el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 1946 en adelante.

3.1. PRIMERA FASE. DESDE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 AL TEXTO REFUNDIDO DE 1946: LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS COMO SOLUCIÓN DE COMPROMISO.

A los efectos de este estudio, conviene destacar que, tras la Constitución de 1812, la propiedad privada existe en tanto en cuanto es reconocida y protegida por el Estado. Es ya una función del Estado y no el resultado de la auto-composición de intereses de los estamentos dominantes del Antiguo Régimen. La propiedad ya no tiene tampoco una base estamental o corporativa, como sucedía en el Antiguo Régimen, sino que se fundamenta en la supremacía del individuo.

El individuo es concebido como la unidad social primaria y básica, cuyo principal atributo es la libertad. Desde esta perspectiva, la propiedad es la libertad humana que se exterioriza en el mundo de las cosas. Como ha señalado MONTÉS¹¹, el *Code* construyó el sistema jurídico-civil sobre la libertad individual y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato.¹²

Propiedad y contrato son pilares básicos de la economía de mercado, frente al dominio dividido, mezclado con facultades jurisdiccionales y con facultades de vincular el destino futuro de las tierras a una línea familiar, mediante el establecimiento de mayorazgos y figuras similares en otros países. Un derecho de propiedad individual, con facultades de aprovechamiento exclusivo y libremente disponible, que estimule las inversiones a largo plazo y permita asignar los recursos hacia quienes hagan un uso más eficiente de los mismos mediante un procedimiento de transmisión voluntaria, constituye la pieza esencial del nuevo escenario.¹³

La abolición del régimen señorial fue un hito decisivo en la superación del Antiguo Régimen y la construcción de una economía de mercado, pues unificó la condición jurídica de los españoles y les colocó bajo la autoridad exclusiva del Estado.

La supresión de los señoríos se articula fundamentalmente a través de la Ley de 26 de agosto de 1837, aunque, con anterioridad, el Decreto de 6 de agosto de 1811 había previsto la abolición del régimen señorial y durante el trienio liberal se había aprobado la Ley de 23 de mayo de 1823¹⁴. Mediante estas normas se sentaron las bases jurídicas para la transformación de los dominios señoriales en propiedad particular, cuyo resultado será la desaparición de las jurisdicciones y de las prestaciones personales y, en definitiva, el fin del régimen señorial en España, si bien, facilitando que los antiguos señores conservaran la mayor parte de sus posesiones como propietarios, pues ése y no otro es el sentido que tiene la Ley de 26 de agosto de 1837.

A pesar de ello, esta nobleza desplegaría toda su fuerza para oponerse a la Ley Hipotecaria de 1861, esencial para facilitar la circulación de la propiedad inmobiliaria. La razón de dicha oposición hay que buscarla en que la Ley Hipotecaria exigía títulos escritos de dominio para la inmatriculación de los derechos sobre inmuebles y, además, en su redacción inicial, concedía un año para acceder al nuevo sistema. Esta oposición revela claramente que un buen número de los antiguos señores carecía de título de dominio, pese a las facilidades concedidas por la Ley de 26 de agosto de 1837.

Muy probablemente, el nuevo sistema era contemplado con desconfianza, además, tanto por los grandes como por los medianos y pequeños propietarios. Las exigencias formales del nuevo sistema probablemente no eran contempladas como una necesidad propia, especialmente por los propietarios pequeños y medianos, pues muchos de ellos las poseían pública y pacíficamente, no pensaban comerciar con las tierras ni hipotecarlas, sino tan solo cultivarlas. Por ello, el nuevo sistema no podía ser contemplado sino como una nueva estrategia del Estado por razones fiscales. Y, desde luego, la experiencia histórica les daba toda la razón. Por otro lado, la conexión fiscal que la nueva Ley mantenía entre Registro de la Propiedad y Oficina Liquidadora, situando al frente de ambas al mismo oficial público era una razón suficientemente sólida para fundamentar su desconfianza.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 configuraba la inscripción como epicentro del nuevo sistema transmisivo Según el mismo:

“No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

*Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título”*¹⁵

La reacción de nobles y propietarios fue tal que, como observa MARTÍNEZ-PÉREZ, hubo que buscar una solución de compromiso. Como consecuencia, en realidad, esta norma nunca llegó a estar vigente, al prorrogarse sucesivamente su entrada en vigor. La primera de las prórrogas fue aprobada por el Gobierno bajo su responsabilidad sin necesidad de refrendo legislativo alguno, mediante el Real Decreto de 31 de diciembre de 1863, y con aplauso general según OLIVER¹⁶. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno prorrogó

de nuevo y por tiempo indefinido las normas transitorias “*hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente*”, mediante Real Decreto de 19 de diciembre de 1865.¹⁷

Pese a todo ello, este es el verdadero eje de la reforma, el precepto que cambió de manera radical —o mejor, que intentó cambiar, pues nunca llegó a entrar en vigor— la naturaleza y función de la inscripción en relación a las que había tenido hasta ese momento, el precepto que instrumenta el cambio desde el dominio del Antiguo Régimen a la propiedad liberal, individual, unitaria, flexible y libremente disponible, desde el Derecho común al Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario. Y, precisamente por ello, se concentraron sobre él todas las fuerzas que se resistían al cambio.

Como observa MARTÍNEZ-PÉREZ¹⁸, la pretensión inicial del legislador de 1861 de forzar a cualesquiera titulares de derechos sobre inmuebles a que inscribieran en los nuevos libros los títulos que acreditasen su propiedad —en términos contemporáneos— no pudo sostenerse y, además, aquellas situaciones encontraron el salvoconducto de la posesión inscrita acreditada a través del expediente de información posesoria, además de otros medios, hasta el punto de convertir al Registro de la Propiedad en un Registro de la posesión.

Coincido con este autor cuando afirma que el tránsito del régimen dominical del Antiguo Régimen a la propiedad privada liberal —que califica de revolucionario— tiene una dimensión registral y en ella, la inscripción de la posesión desempeñó una función constituyente, en la medida en que dicha inscripción se situaba en una posición intermedia entre el dominio medieval y la posesión liberal, facilitando el tránsito del primero a la segunda¹⁹.

En este proceso, destacan, esencialmente, los hitos que expongo a continuación.

1. La generalización de las inscripciones posesorias como vía de ingreso en el Registro. Neutralizado el artículo 34 LH, aunque la posesión se concebía como un hecho, sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861 admitía una vía excepcional de inscripción de la posesión. Se trataba de una vía supletoria, cual el expediente de información posesoria regulado en el Capítulo XIV, pero dicha vía se amplió, al admitirse que la posesión pudiera tener acceso al Registro por otros medios, particularmente la certificación administrativa ligada al proceso desamortizador. La Ley Hipotecaria de 1869 consolidó dicha ampliación y el Decreto de 10 de febrero de 1875 supuso la superación de las restricciones de acceso de la posesión al Registro contenidas en la Ley Hipotecaria de 1861. Ello obedece, como sostiene MARTÍNEZ-PÉREZ²⁰ a la necesidad de recuperar como derecho de posesión lo que había dejado tener sentido como anti-

guo dominio, o, en otros términos, a la necesidad de reciclar dominios en propiedades, pasando por posesiones.

2. La Ley Hipotecaria de 1909 trató de poner freno a los abusos que habían transformado la información posesoria de mal necesario en amenaza para la propia institución.

Por un lado, endureció los requisitos del procedimiento de informaciones posesorias, pero, por otro, incrementó notablemente los efectos de las inscripciones.

La Ley Hipotecaria de 1909 no introdujo la fe pública registral, aunque sí un sucedáneo de la legitimación registral²¹. En efecto, en relación a los efectos legitimadores de la inscripción, el artículo 41 disponía:

“Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe”

El artículo 41 no establecía, por lo tanto, una presunción de titularidad sino solo de posesión, lo que, por un lado, era irrelevante a efectos legitimadores y, por otro lado, produjo efectos indeseables que dieron lugar a la reforma del precepto. Como señala LACRUZ BERDEJO²², fue la misma energía del precepto la que obligó a yugularlo. El uso del procedimiento para adquirir la posesión por parte de titulares inscritos cuya propiedad era discutible o cuyo derecho de desahucio no estaba plenamente justificado contra quienes cultivaban la tierra desde tiempo inmemorial determinó, primero, alteraciones del orden público y, finalmente, una alteración decisiva en el texto del artículo 41, al cual un Decreto de 1927 convirtió en presunción de posesión *iuris tantum*, permitiendo oponerse al lanzamiento a los poseedores vigentes, que fácilmente podían evitarlo demostrando su posesión. Conforme a la nueva redacción:

“Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y por tanto gozará de todos los derechos consignados en el libro segundo del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica, o que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 445 del mismo cuerpo legal”.

Complementariamente, se modificó el Reglamento Hipotecario de 1915. Conforme al artículo 100, en su nueva redacción, el titular podía solicitar, con arreglo a los artículos 2056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posesión judicial y, si a esta solicitud se hiciese oposición por algún interesado, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concedería al opositor un plazo de 15 días para que formulase por escrito su oposición, tramitándose el procedimiento con arreglo a las normas que rigen el interdicto de adquirir.

En todo caso, al no incorporar la legitimación ni la fe pública registrales, sino solo la inoponibilidad, la inscripción solo permitía invocar los contratos publicados frente a terceras personas, no probar la existencia ni la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, con lo que no resolvía la incertidumbre esencial en un entorno de contratación impersonal y que el Código civil no podía resolver por sí solo, cual es la identificación del titular del *ius disponendi*.

3.2. SEGUNDA FASE. DESDE EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO 1946: EL FIN DE LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS

Según resulta de la denominada Exposición de Motivos —en realidad, texto introductorio— de la Ley de 30 de diciembre de 1944 de Reforma de la Ley Hipotecaria, “*a los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras Leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra Patria una de las Leyes «más científicas entre las nacionales»*”. Probablemente, había una cantidad semejante de fincas sin documentar en escritura pública.

Esta situación se debía a diferentes razones²³. Una de ellas era que la inscripción no protegía adecuadamente al titular registral y otra razón adicional, relacionada con ella, era que la inscripción no solventaba la principal incertidumbre propia de un contexto de contratación impersonal cual es la identificación del titular del *ius disponendi*, pues el efecto caracterizador del sistema registral era la inoponibilidad, sin que la inscripción produjese efectos sustantivos —ni procesales— que sirviesen de título de legitimación para el titular registral ni protegiese a quien adquiría del mismo.

El hecho de que el sistema registral no pudiese identificar al titular del *ius disponendi* se hallaba íntimamente unido al hecho de que no hubiese un sistema de transmisión registral que produjese el efecto fe pública registral. A su vez, para que se pudiese producir este efecto esencial era preciso que la inscripción gozase de la presunción de exactitud e integridad de su contenido, de modo que pudiese ser considerada como título legitimador en el tráfico jurídico.

La permanencia de las inscripciones posesorias dificultaban la consecución de este objetivo, por lo que debían desaparecer. La reforma, sin embargo, debía acometerse con tacto porque no había que lesionar situaciones adquiridas y porque todavía persistía el problema de la falta de titulación en condiciones de acceder al Registro.

El Texto Refundido de 1946 introdujo, como principales novedades, la presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales —artículo 38— y la denominada fe pública registral —artículo 34—. En lo que respecta a la posesión, rompió con la tradición de más de ochenta años y vedó las inscripciones posesorias —artículo 5—.

El Proyecto de Ley Hipotecaria de 1944 parte de la distinción entre *ius possidendi* y *ius possessionis*, considerando como derecho real solamente al primero, en la medida en que forma parte del derecho de propiedad, no al segundo, al que considera un mero hecho, por lo que no debe tener acceso al Registro. Dice la Exposición de Motivos:

“El derecho de poseer, como parte integrante del dominio, es un derecho real que el Registro debe reflejar y proteger. El mero hecho de poseer, en cambio, si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real. Aunque no se admita el principio res facti non iuris, es obligado reconocer que, por lo menos, las consecuencias dimanantes del ius possessionis están subordinadas a una situación de hecho que, como tal, escapa del área de protección del sistema”.

En consecuencia, como sostiene ARRUÑADA²⁴, la Ley abandona los principios que habían regido hasta entonces el sistema y, en su artículo 23 (artículo 5 del Texto Refundido de 1946), suprime la posibilidad de inscribir en el Registro la posesión, con lo cual le niega carácter real a la posesión en concepto de dueño, y elimina, consecuentemente, los artículos relativos al expediente o informaciones posesorias, aunque manteniendo los efectos de los asientos de posesión ya registrados o de los expedientes posesorios en curso al entrar en vigor la reforma. Adicionalmente, a la vez que en su artículo 5 erradica la posesión del Registro, le concede en su artículo 36 efectos potencialmente anuladores de la inscripción registral, con sólo cumplir los plazos de la prescripción adquisitiva. Sucederá así cuando el adquirente *“conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer; antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba siendo poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente”* o cuando consiente la posesión durante el año siguiente a la adquisición.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES MÁS RELEVANTES.

Llegados a este punto, merece la pena subrayarse la observación de MARTÍNEZ-PÉREZ²⁵, según la cual, cuando se retiran los andamios, pueden quedar testigos de unos preceptos formulados en periodo de construcción que aparecen a los nuevos observadores envueltos en nubes de misterio, o se refieren a supuestos de hecho imposibles.

Esto es, cuestiones como la prescripción ordinaria o extraordinaria *contra tabulas* o *secundum tabulas* con la interpretación del artículo 35 LH, los conflictos entre legitimación registral y legitimación posesoria, la protección procesal de la posesión extra registral vía interdictos, frente a la efectuación de la presunción posesoria según el artículo 41 LH o el amparo del titular inscrito a través del desahucio de un precarista, se mueven necesariamente a partir de 1944 en otra dimensión porque, tras 1944, posesión y Registro levantan ya una topografía de problemas en la que la triangulación se completa con la nueva propiedad contemporánea, que es la que corresponde a una economía de intercambio, y no con el dominio dividido y vinculado, que es el que correspondía a una economía básicamente de subsistencia.

De las diferentes cuestiones planteadas, a los efectos de este estudio, resultan especialmente relevantes tres: 1. La pretendida relevancia de la posesión extra registral para destruir la buena fe de un adquirente ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria; 2. La diligencia exigible a un adquirente ex artículo 34 LH para quedar protegido frente a una usucapión *contra tabulas* y 3. La presunción posesoria del artículo 448 del Código civil en relación con la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, para finalizar con una reflexión general sobre la posesión extra registral y el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario.

4.1 LA PRETENDIDA RELEVANCIA DE LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL PARA DESTRUIR LA BUENA FE DE UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

Es una contradicción sustancial que sea necesaria la intervención del Estado, a través del Registro de derechos, para solventar las incertidumbres propias de la contratación impersonal inherente a una moderna economía de mercado, como consecuencia de la imposibilidad de dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria²⁶ y, sin embargo, se pretenda conceder alcance legitimador a esa misma posesión derivada de actos entre particulares, para destruir las declaraciones de propiedad realizadas por el Estado a través de las inscripciones registrales. Es una contradicción sustancial, en todo caso, pero, especialmente, tras haber introducido la presunción de exactitud registral —artículo 38—, el sistema de transmisión registral-artículo 34—, y, muy especialmente, tras haber vedado la inscripción del *ius possessionis* —artículo 5—.

El Tribunal Supremo, sin embargo, da relevancia a dichos actos y negocios jurídicos y, además, está siguiendo, al menos en parte, una orientación basada en una concepción de la buena fe que exige una especial diligencia al adquirente para quedar protegido por la fe pública registral. De las dos concepciones pre-

dominantes en materia de buena fe²⁷, el Tribunal Supremo tiende a inclinarse por la denominada concepción ética²⁸, según la cual “*la buena fe consiste en la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos*” –Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015²⁹– y, en consecuencia, la buena fe solo protege del error excusable. Por ello, esta concepción exige al adquirente de un titular registral una mayor diligencia que la denominada concepción *psicológica*, una diligencia que va más allá de la consulta del contenido del Registro de la Propiedad.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 –de especial trascendencia por tratarse de una sentencia plenaria– consideró que “*debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca in situ*”³⁰. Profundizando en esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 –también sentencia plenaria– considera que la buena fe queda desvirtuada cuando “*existe una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito*”.

La “*carga ética de diligencia*” exigible, según esta sentencia, hace que la existencia de tales situaciones *claras y manifiestas* –no otras– enerven la buena fe del adquirente e impidan, por lo tanto, que quede protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues su ignorancia de la “*inexactitud*” registral no sería excusable.

Y no lo sería porque tal ignorancia se debe a su negligencia –sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999 y 11 de octubre de 2006, entre otras–, ya que tales situaciones permiten al tercero conocer la existencia de un posible titular distinto del registral, lo que convierte su error en inexcusable, correspondiendo, en todo caso, la prueba de la inexcusabilidad del error a quien la niega –Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988–, algo que, según resulta de la lógica de la propia sentencia, sería, en último extremo, imposible para un adquirente, cuando hay una posesión en concepto de dueño clara y manifiesta.

Llegados a este punto, conviene subrayar que, llevada a sus últimas consecuencias, la posición del Tribunal Supremo, expresada en la sentencia de 12 de enero de 2015, tiene como consecuencia que para el adquirente de un titular registral que posea a título de dueño de forma clara y manifiesta, le es indiferente inscribir su adquisición, pues tal posesión impide que haya buena fe en un segundo adquirente del mismo titular registral que sí inscriba su adquisición, lo que, en última instancia, impide que sea protegido por la fe pública registral definida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La consideración de que la existencia de un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral enerva la buena fe de quien adquiere de este último

exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es consecuencia de la opinión según la cual el sistema inmobiliario registral es un simple instrumento de publicidad de actos y contratos de finalidad traslativa consumados extra registralmente — artículos 609 y 1095 del Código civil—, que, como tal instrumento de publicidad, compite con la publicidad de la posesión a título de dueño. Ello tiene como consecuencia que cuando hay un poseedor a título de dueño, claro y manifiesto, distinto del titular registral, no es posible que haya un adquirente protegido por la fe pública registral, porque la publicidad posesoria es incompatible con la diligencia mínima exigible para reconocerle la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria³¹.

La interpretación de la publicidad posesoria a título de dueño como imposibilitadora de la buena fe exigible tiene también otra consecuencia en relación al artículo 1473 del Código civil puesta de manifiesto por CASTILLO MARTÍNEZ³²: tratándose de inmuebles, este artículo, en el caso de un conflicto de adquisiciones, entre posesión previa e inscripción —que, según doctrina y jurisprudencia ha de ser de buena fe—, prefiere la inscripción, lo que hace que surja, inevitablemente, la siguiente pregunta: “¿no resulta incoherente con esta clara prelación mantener que si el primer comprador de un inmueble tiene la posesión del mismo —que, por hipótesis, será en concepto de dueño— no podrá atribuirse la propiedad a un segundo comprador que inscribe?”.

Esta interpretación supone, de hecho, una inversión de las reglas de preferencia del artículo 1473 del Código civil. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 admite claramente la posibilidad de que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes de comprar el segundo “y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa...e inscribió su adquisición en el Registro”. Esta sentencia, además, hace referencia a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, concretamente al pasaje que afirma que el comprador que no inscriba la venta “aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción”.

En definitiva, como señala LÓPEZ FRÍAS³³, parece incongruente con el artículo 1473 del Código civil identificar la posesión del primer comprador con la mala fe del segundo. Lo mismo cabe decir en relación al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No realiza dicha identificación, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Habiendo un comprador de una vivienda que ha entrado en posesión de esta, pero que no la ha inscrito y la adjudicación en un procedimiento de apremio posterior seguido contra el titular registral, el adquirente es un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que hubiera podido evitarse, dice el Tribunal Supremo con “la demostración de la ausencia de buena fe del tercero”. Por lo tanto, como afirma LÓPEZ FRÍAS

³⁴, se desprende de las palabras del Alto Tribunal que el hecho de la posesión del primer adquirente no impide la aplicación del principio de fe pública registral por mala fe directa del rematante o adjudicatario, sino que habrá que demostrar específicamente su falta de buena fe, es decir, su conocimiento de la transmisión anterior no inscrita.

No parece aceptable que se imponga al adquirente inmobiliario una diligencia que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no exige —“*La buena fe se presume siempre*”—, a diferencia de los preceptos con normas correlativas de protección del tráfico jurídico que sí exigen que el adquirente no haya incurrido en *culpa lata* —vgr.: artículo 545 del Código de Comercio—, letras de cambio —artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque— cheques —artículo 119 de la misma Ley—, o anotaciones en cuenta —artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores—, y, sin embargo, no exigir ninguna diligencia a quien ha adquirido un inmueble sin incertidumbres valiéndose del sistema para, después, evadirse del mismo, generando incertidumbres —las que él evitó—, considerando dicho comportamiento ético.

Con dicho comportamiento se elude el control de cumplimiento de normas de orden público —tales como fiscales, urbanísticas, de blanqueo de capitales, —, control imprescindible para que el Estado, a través del Registro, le reconozca como dueño *erga omnes*, por lo que sigue proclamando a su transmitente como dueño, precisamente porque lo es mientras el Estado no reconozca a otro que se lo solicite y el primer adquirente elude dicha solicitud, lo que le evita los controles referidos.

Le basta con poseer clara y manifiestamente a título de dueño para impedir que el propio Estado —único que puede atribuir títulos de propiedad y, por lo tanto, invertir a alguien como dueño— pueda reconocer como dueño a otro que adquiere de quien el propio Estado proclama como dueño y solicita su reconocimiento como tal, por el simple hecho de que un adquirente anterior no se molestara en solicitar del Estado —es decir, del Registro— su reconocimiento como tal y a pesar de que el derecho de propiedad sea una función del Estado y solo pueda reputarse como dueño a quien el Estado reconoce como tal!. No está justificado. Al adquirente que no inscribe, ¿acaso se le puede reconocer buena fe cuando impugna la inscripción de un segundo adquirente que sí inscribe por el mero hecho de estar poseyendo clara y manifiestamente a título de dueño?

¿Qué sucedería, además, con las operaciones inmobiliarias a distancia? ¿Acaso debería ser exigible al adquirente el desplazamiento a cientos o miles de kilómetros cuando quiera comprar un inmueble? ¿No sería mucho menor el esfuerzo que debería realizar el adquirente anterior para inscribir su adquisición? Esta posición dificultaría el desarrollo de la contratación electrónica a distancia o la compra masiva de activos inmobiliarios por Fondos de Inversión, por ejemplo,

pues no les bastaría con consultar el Registro sino que deberían realizar costosas investigaciones, siempre inseguras, para asegurarse de la situación posesoria del inmueble.³⁵

Se trata, por lo tanto, de una interpretación inevitablemente destructiva del sistema de seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, articulada a través de la fe pública registral, contraria a la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la consistencia interna del sistema, y con efectos dañinos tanto para la seguridad de las titularidades como para la facilidad de su transmisión y, por lo tanto, para el funcionamiento eficiente de los mercados inmobiliario e hipotecario.

Por lo que se refiere a la evolución de la jurisprudencia, la posición del Tribunal Supremo sobre la materia puede afirmarse que es un tanto oscilante. Tras estudiar detenidamente la jurisprudencia del Alto Tribunal durante las últimas décadas, LÓPEZ FRÍAS³⁶ concluye que *“el enfoque del Tribunal Supremo sobre este tema no ha sido uniforme a lo largo de los años y quizás tampoco lo sea del todo actualmente... (...) ...porque a pesar de que la doctrina de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 y 12 de enero de 2015 da a la posesión en concepto de dueño relevancia determinante para enervar la buena fe del adquirente que inscribe, en la realidad de las decisiones sobre casos concretos posteriores la jurisprudencia no siempre sigue el criterio de que la posesión, incluso calificada como de tipo dominical, destruye por sí misma la presunción de buena fe. Lo que sí se ha podido comprobar es que en numerosas hipótesis, tanto recientes como lejanas, más allá de los aforismos y afirmaciones generales, las circunstancias del supuesto en particular (o mejor, el conjunto de esas circunstancias) resulta fundamental para valorar la buena o mala fe de quien adquiere apoyándose en la información del Registro”*.

Conviene reiterar que en situaciones correlativas de carácter mobiliario en las que rige el Derecho de la seguridad del tráfico, nuestro ordenamiento jurídico exige para reconocer buena fe al adquirente la diligencia necesaria para no incurrir en culpa grave. Este es el caso de los títulos al portador —artículo 545 del Código de Comercio—, letras de cambio —artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque—, cheques —artículo 119 de la misma Ley— o anotaciones en cuenta —artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores. —

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin embargo, no exige diligencia alguna. Muy distintamente, afirma que la buena fe del tercero *“se presume siempre”* y, para desvirtuarla, es necesario probar que conocía la inexactitud del Registro. En otros términos, ni siquiera el desconocimiento imprudente enerva la presunción de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.³⁷ Tampoco se exige al adquirente para quedar protegido que no haya incurrido en *culpa lata* en el caso de la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público — artículo

85 del Código de Comercio—. Debe subrayarse que en ambos casos, Registro y almacenes o tiendas abiertas al público, se trata de establecimientos de acceso público. Por ello, la posesión extra registral, en el caso de los inmuebles, no debe tener ninguna relevancia para enervar la buena fe del adquirente *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En el caso de las mercaderías, por definición, se hallan depositadas en los referidos almacenes o tiendas.

Esto es lo que sucede también en el *Bürgerliches Gesetzbuch*. En efecto, tratándose de inmuebles, la ignorancia por *culpa lata* no se equipará al conocimiento porque en el Registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión. Tratándose de bienes muebles, sin embargo, el párrafo 932-2.º *Bürgerliches Gesetzbuch* ³⁸ exige que el adquirente no haya incurrido en culpa grave, por lo que equipara la *culpa lata* al conocimiento.

4.2. LA DILIGENCIA EXIGIBLE A UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 LH PARA QUEDAR PROTEGIDO FRENTE A UNA USUCAPIÓN CONTRA TABULAS

La usucapión *contra tabulas* es conceptualmente contrasistemática. Por ello, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria solo admite una usucapión consumada o a punto de ser consumada y, por lo tanto, con un largo tiempo de posesión a título de dueño por el usucapiente, por lo que admite que, en esas circunstancias, el adquirente debe observar una diligencia especial, para quedar protegido frente a esa exclusiva eventualidad. Es esta protección excepcional en un supuesto excepcional la que exige una diligencia excepcional en el tercer adquirente para quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Es más, difícilmente cabe una usucapión ordinaria *contra tabulas*, porque no parece admisible una buena fe *contra tabulas* y, en consecuencia, solo cabría, en su caso, una usucapión extraordinaria *contra tabulas*.³⁹

Mientras el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige que el adquirente no conociera o no tuviera medios racionales y motivos suficientes para conocer “*antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente*”, sin embargo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria afirma que la ignorancia de la inexactitud registral por parte del adquirente se presume “*siempre*”, es decir, en todo caso y, por lo tanto, al margen de que tuviera o no medios racionales y motivos suficientes para conocerla o, incluso, para saber que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

Como afirma ROCA TRIAS, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige, para que la usucapión *contra tabulas* perjudique a un adquirente que este incurra en *culpa lata*, algo que no exige el artículo 34 de la misma⁴⁰. Como afirma esta

autora: “... Se puede decir que el artículo 36 coloca al tercero en una situación de buena fe cualificada⁴¹ que hay que intentar delimitar. La ignorancia a que se refiere el artículo 36 de la Ley Hipotecaria parece ser distinta de la del artículo 34; en efecto, el artículo 34 exige desconocimiento de la situación jurídica real de la finca o de la falta de poder de disposición del transmitente; en cambio, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria añade la exigencia de que esta ignorancia se extienda a las circunstancias de hecho de la finca, considerándose que si el adquirente no ha llegado a este conocimiento, le afectará la usucapión porque incurre en culpa lata”.

Precisamente por ello no se justifica la extensión de los requisitos de la buena fe del artículo 36 de la Ley Hipotecaria a la buena fe del artículo 34 de la misma. Si el legislador hubiera querido extenderla al artículo 34, lo hubiera dicho explícitamente, como hace en el artículo 36. Las normas excepcionales, por lo demás, son de interpretación restrictiva.

4.3. LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 448 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Según VALLET DE GOYTISOLO⁴²:

“El artículo 448 del Código Civil sienta una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño, que, con efecto negativo, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Esta presunción del artículo 448 del Código Civil tiene la publicidad que le da la ley. Su ignorancia no se excusa. Por eso, no puede ser catalogada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación posesoria de la finca que va a adquirir”.

No parece, sin embargo, que esta posición se halle justificada: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una pieza vertebral del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, propio de una economía de mercado, en el ámbito inmobiliario, mientras que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria es una excepción al mismo que solo opera en supuestos concretos y excepcionales: usucapión consumada o que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, –y que, por lo tanto, el adquirente aún puede interrumpir– siempre que se cumplan determinadas condiciones.

Además de esta consideración general, hay que tener en cuenta lo siguiente. En primer lugar, como he expuesto, la Exposición de Motivos del Texto Refundido de 1946 advierte de “la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometida a regímenes distintos”, como consecuencia de la voluntariedad de la inscripción. En segundo lugar, hay que tener en cuenta las remi-

siones del Código civil a la Ley Hipotecaria, especialmente las contenidas en los artículos 608 y 1537 del Código civil, las cuales determinan que en materia de propiedad no inscrita rige el Código civil, pero en materia de propiedad inscrita rige la Ley Hipotecaria, por lo que, en materia de propiedad inscrita prevalece la presunción del artículo 38 LH sobre la del artículo 448 del Código civil, máxime tras la prohibición de la inscripción del *ius possessionis* por el artículo 5 del Texto Refundido de 1946. Resultaría no solo paradójico sino absurdo que se introdujera el principio de presunción de exactitud registral en la reforma de 1944 y, simultáneamente, se expulsara del Registro *al ius possessionis* para atribuir al poseedor de hecho, que ya no puede inscribir su posesión, una presunción de *ius possidendi* que prevalecería sobre la misma presunción a favor del titular registral.

4.4. LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO

Las reglas de la seguridad del tráfico jurídico, como afirma PAZ-ARES⁴³, desde la perspectiva de los costes, deben ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la denominada seguridad de los derechos, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes.

Por lo tanto, la única información relevante a efectos del adquirente de una titularidad inscrita, al menos en lo referente a la titularidad y cargas que pueden resultar preferentes, debería ser la que resulte del Registro de la Propiedad, sin que dicha información pueda quedar desvirtuada por los actos y negocios jurídicos realizados privadamente por el titular registral con un tercero ni de las eventuales situaciones posesorias derivadas de los mismos.

La necesidad de los registros surge cuando los mercados se amplían y la contratación ya no solo es entre amigos y conocidos sino entre desconocidos y, por tanto, surgen una serie de incertidumbres que es preciso resolver para poder contratar.

Los registros de derechos solucionan las incertidumbres relativas a la titularidad y cargas suministrando al mercado un legitimado para disponer, con una titularidad *inter tertios*, y blindando a los adquirentes de buena fe frente a cualquier causa de invalidez, ineficacia, etc que pueda afectar a los actos y negocios

jurídicos relativos al mismo bien, anteriores a su propio negocio adquisitivo, que, teniendo alcance real, no se hallen inscritas, así como respecto a aquellos derechos reales de garantía o medidas cautelares de carácter judicial o administrativo que no se hallen debidamente inscritas o anotadas.

Si la existencia de situaciones posesorias a título de dueño imposibilitan la buena fe del tercero, se dificulta la contratación impersonal, esto es, el mercado. Ello tiene como resultado la protección de quien utilizó en su favor el sistema registral, y, sin embargo, no inscribe su adquisición, produciendo, así, unos perjuicios de carácter general, como consecuencia de la desprotección de quien consultó el Registro y contrató conforme a la información obtenida del mismo, al margen de las situaciones posesorias existentes.

Como recuerda ARRUÑADA⁴⁴, es de sobra conocido y aceptado que el reconocimiento por parte de los sistemas jurídicos de derechos reales no inscritos perjudica la seguridad del tráfico jurídico, porque, al hacer que tales derechos no inscritos prevalezcan sobre los derechos de aquellos que han adquirido con base en la información registral, se introducen riesgos innecesarios en las transacciones. Por este motivo, para proporcionar protección a los titulares de derechos posesorios sin perjudicar la seguridad del tráfico, la solución lógica a la que están tendiendo los sistemas registrales más modernos es la de reducir el papel de la simple posesión como evidencia de titularidad, a la vez que se facilita la inscripción registral de derechos posesorios. La experiencia histórica de nuestro país apoya la utilidad de esta inscripción registral de derechos posesorios, una figura que es convencional en gran número de países y que, como se ha demostrado, también gozó de notable protagonismo en nuestro país durante más de medio siglo.

En todo caso, como he expuesto anteriormente, resultaría no solo paradójico sino absurdo que se introdujera el principio de presunción de exactitud registral en la reforma de 1944 y, simultáneamente, se expulsara del Registro *al ius possessionis* para atribuir al poseedor de hecho, que ya no puede inscribir su posesión, una presunción de *ius possidendi* que prevalecería sobre la misma presunción que la presunción de exactitud establece a favor del titular registral.

V. CONCLUSIONES

I. Desde una perspectiva general, en los sistemas legales con registros de derechos, la protección de la posesión extra registral de inmuebles registrados no ahorra costes de información. ¿Por qué, entonces, se da relevancia jurídica a ciertos efectos a la posesión extra registral? Normalmente, por inercias históricas derivadas de la protección de intereses predominantes en su momento. La

consecuencia es que se dificulta el intercambio impersonal y la financiación con garantía inmobiliaria, en consecuencia, la productividad, la competitividad y, en última instancia la creación de riqueza y de bienestar.

Es de sobra conocido y aceptado que el reconocimiento de efectos *erga omnes* por parte de los sistemas jurídicos de derechos reales —y, en general, de situaciones jurídicas— no inscritos perjudica la seguridad del tráfico jurídico, porque, al hacer que tales derechos no inscritos prevalezcan sobre los derechos de aquellos que han adquirido con base en la información registral, se introducen riesgos innecesarios en las transacciones.

Por este motivo, para proporcionar protección a los titulares de derechos posesorios sin perjudicar la seguridad del tráfico, la solución lógica a la que están tendiendo los sistemas registrales más modernos es la de reducir el papel de la simple posesión como evidencia de titularidad.

II. El tránsito del régimen dominical del Antiguo Régimen a la propiedad privada liberal tiene una dimensión registral y en ella, la inscripción de la posesión desempeñó una relevante función constituyente, en la medida en que dicha inscripción se situaba en una posición intermedia entre el dominio medieval y la propiedad liberal, facilitando el tránsito del primero a la segunda.

La pretensión inicial del legislador de 1861 de forzar a cualesquiera titulares de derechos sobre inmuebles a que inscribieran en los nuevos libros los títulos que acreditasen su propiedad —en términos contemporáneos— no pudo sostenerse, debido a que no era despreciable el número de nobles que carecía de títulos escritos y los pequeños y medianos propietarios no solo no veían la utilidad para ellos del nuevo sistema, sino que veían en él una estrategia del Estado para recaudar más.

Por ello, se optó por una solución de compromiso, que se concretó en sucesivas prórrogas hasta su derogación por el Decreto de 19 de diciembre de 1865 y, finalmente, en la contrarreforma que supuso la Ley Hipotecaria de 1869, seguida de diversas normas posteriores entre las que destaca el Decreto de 10 de febrero de 1875, que supuso la superación de las restricciones de acceso de la posesión al Registro contenidas en la LH 1861.

La Ley Hipotecaria de 1909 trató de poner freno a los abusos que habían transformado la información posesoria de mal necesario en amenaza para la propia institución registral

Por un lado, endureció los requisitos del procedimiento de informaciones posesorias, pero, por otro, incrementó notablemente los efectos de las inscripciones. La Ley Hipotecaria de 1909 no introdujo la fe pública registral, aunque sí un sucedáneo de la legitimación registral, que dio lugar a múltiples abusos, lo que obligó a su reforma.

En todo caso, al no incorporar la legitimación ni la fe pública registrales, sino solo la inoponibilidad la inscripción solo permitía invocar los contratos inscritos frente a terceras personas, no probar la existencia ni la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, con lo que no resolvía la incertidumbre esencial en un entorno de contratación impersonal y que el Código civil no podía resolver por sí solo, cual es la identificación del titular del *ius disponendi*.

III. Por lo tanto, con anterioridad a la reforma de 1944-46, la inscripción no protegía adecuadamente al titular registral y, además, tampoco solventaba la principal incertidumbre propia de un contexto de contratación impersonal cual es la identificación del titular del *ius disponendi*, pues el efecto caracterizador del sistema registral era la inoponibilidad, sin que la inscripción produjese efectos sustantivos —ni procesales— que sirviesen de título de legitimación para el titular registral ni protegiese a quien adquiría del mismo, con lo que no resolvía la incertidumbre esencial en un entorno de contratación impersonal y que el Código civil no podía resolver por sí solo, cual es la identificación del titular del *ius disponendi*.

La permanencia de las inscripciones posesorias dificultaba la solución de estas deficiencias, por lo que debían desaparecer. La reforma, sin embargo, debía acometerse con tacto porque no había que lesionar situaciones adquiridas y porque todavía persistía el problema de la falta de titulación en condiciones de acceder al Registro.

IV. Con esta finalidad, el Texto Refundido de 1946 introdujo, como principales novedades, la presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales —artículo 38— y la denominada fe pública registral —artículo 34—. En lo que respecta a la posesión vedó las inscripciones posesorias —artículo 5—. Eliminó, consecuentemente, los artículos relativos al expediente o informaciones posesorias, aunque manteniendo los efectos de los asientos de posesión ya registrados o de los expedientes posesorios en curso al entrar en vigor la reforma.

Expulsada la posesión del Registro, la posesión extra registral no debería tener relevancia registral alguna. Sin embargo, a la vez que en su artículo 5 erradica la posesión del Registro, el Texto Refundido le concede en su artículo 36 efectos potencialmente anuladores de la inscripción registral. Ello, unido a otros factores, ha tenido como consecuencia que la posesión extra registral haya acabando teniendo repercusiones registrales en aspectos tan importantes como la apreciación de la buena fe del tercero *ex* artículo 34 LH o la apreciación de la diligencia exigible para reconocer dicha buena fe, entre otros.

V. Los registros de derechos solucionan las incertidumbres relativas a la titularidad y cargas suministrando al mercado un legitimado para disponer, con una titularidad *inter tertios*, y blindando a los adquirentes de buena fe frente a cualquier causa de invalidez, ineficacia, etc., que pueda afectar a los actos y negocios

jurídicos relativos al mismo bien, anteriores a su propio negocio adquisitivo, que, teniendo alcance real, no se hallen inscritas, así como respecto a aquellos derechos reales de garantía o medidas cautelares de carácter judicial o administrativo que no se hallen debidamente inscritas o anotadas.

Si la existencia de situaciones posesorias extra registrales a título de dueño, imposibilitan la buena fe del tercero, se dificulta la contratación impersonal, esto es, el mercado. Ello tiene como resultado la protección de quien utilizó en su favor el sistema registral, y, sin embargo, no inscribe su adquisición, produciendo, así, unos perjuicios de carácter general, como consecuencia de la desprotección de quien consultó el Registro y contrató conforme a la información obtenida del mismo, al margen de las situaciones posesorias existentes.

En todo caso resultaría no solo paradójico sino absurdo que se introdujera el principio de presunción de exactitud registral en la reforma de 1944 y, simultáneamente, se expulsara del Registro *al ius possessionis* para atribuir al poseedor de hecho, que ya no puede inscribir su posesión, una presunción de *ius possidendi* que prevalecería sobre la misma presunción que la presunción de exactitud establece a favor del titular registral o para reconocer a dicha posesión extra registral una eficacia destructora de la buena fe del adquirente ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN B.A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little, Brown, and Company, 1976
- ALVAREZ CAPEROCHIPI J.A., *La posesión y el Registro de la Propiedad*, RDP. 62 (jun.1978)
- ARRUÑADA B., *Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española (I)*, RCDI, núm.680
- CABALLERO GEA J.A., *Desahucios. Procedimiento del art.41 de la Ley Hipotecaria. El titular registral frente al ocupante sin título*, Ed.: Aranzadi, 1985
- CASTILLO MARTÍNEZ C.C., *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008)*, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373
- CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Coord). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) vol. I* (2005-2007), Madrid, Dykinson, 2008
- DE LA RICA y ARENAL R., *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Ed.: Aguilar 1945
- DE LA RICA y ARENAL R., *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, núm 256,

- DEMSETZ H *From Economic Man to Economic System*, ed. Cambridge University Press, 2008
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008
- DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019
- FERNÁNDEZ GREGORACI B., *Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)*, CORPME, 2002
- ELICKSON R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993
- FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions and Economic Theory*, The University Michigan Press, 1998
- GALLEGO DEL CAMPO G., “La usucapión contra tabulas” en De DIOS S. et al., *Historia de la propiedad en España, IV Costumbre y prescripción*, CORPME, 2006
- GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho inmobiliario Registral o Hipotecario, T.I*, Madrid, Civitas, 1988
- GORDILLO CAÑAS A. “La buena fe hipotecaria: quaestiones quodlibetales”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol II, ed. CORPME, Madrid, 2006
- GORDILLO CAÑAS A. *El principio de fe pública registral*, I, ADC, vol.59, núm.2, 2006
- IHERING R., *La posesión*, Madrid, 1926
- LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed.: Bosch, Barcelona, 1976
- LIBECAP G.D, *Contracting for Property Rights*, en ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), *Property Rights, Cooperation, Conflicts and Law*, ed. Princeton University Press, 2003
- LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm. 781
- MACÍA A. *La usucapión secundum tabulas. El art.35 de la Ley Hipotecaria*, RCDI, núm.:664
- MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria” págs. 583 a 613, en Yzquierdo Tolsada M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7.º (2015), ed. Dykinson, Madrid, 2017
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2023
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798
- MERRILL TH. W y SMITH H.E, *Property: Principles and Policies*, Foundation Press, 2012
- MERRILL TH. W. “Ownership and possession”, en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015
- MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7 1.º del Código civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I –PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN

- L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.)—, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- MONTÉS PENADÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980
- MORALES A.M., *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*. CSIC, 1972
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción “ética”*, en MURGA FERNÁNDEZ J.P y TOMÁS TOMÁS S., *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- OLIVER Y ESTELLER B., *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomson Reuters., 2.^a ed.: Cizur Menor, 2009
- PARDO NÚÑEZ C.R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI núm.: 614
- PAZ-ARES C. *Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico*, RDM, 175–176
- PÉREZ GARZÓN J.S., *Las Cortes de Cadiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, ed. Síntesis, Madrid, 2007
- PESET REIG M., *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, RCDI, n.º 527
- PESET REIG M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, ed. Edersa, Madrid, 1988
- POLLOCK F. and WRIGHT, R. S. 1888. *An Essay on Possession in the Common Law*. Oxford: Clarendon Press, citado por ROSE CAROL M. “The law is nine-tenths of possession: an adage turned on its head” en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015. POLLOCK es autor de la parte del libro de donde la autora entresaca la cita.
- POSNER R. *Economic Analysis of Law*, ed. Aspen, 2003
- ROCA TRÍAS s M.A., *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, RCDI, Núm.530, enero-febrero 1979
- SAN EMETERIO MARTÍN N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. ed. Tecnos, Madrid, 2005
- TRINCADO AZNAR J.M., *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?* En RCDI n.º 781
- VALLET DE GOYTISOLO J.B., “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973
- VILLARES PICÓ M., *La posesión y el Registro*, RCDI, 230-231
- YUN-CHIEN CHANG, “Introduction” en YUN-CHIEN Chang (ed.) *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015
- YUN-CHIEN CHANG, “The economy of concept and possession” en YUN-CHIEN CANG (ed.) *Law and Economics of possession*, Cambridge University Press, 2015

NOTAS

¹ DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008, pág. 615

² DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008, pág. 621.

³ Para una panorámica de las diferentes concepciones de la posesión en una amplia gama de códigos civiles, véase Yun-Chien Chang, “The economy of concept and possession” en YUN-CHIEN CHANG (ed.) *Law and Economics of possession*, Cambridge University Press, 2015, págs. 103-124.

⁴ YUN-CHIEN CHANG, “Introduction” en YUN-CHIEN CHANG (ed.) *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015, pág. 1: “La posesión es una institución de dos mil años de antigüedad, y los eruditos han debatido el concepto de posesión desde mediados del siglo XIX, pero los académicos modernos carecen de consenso sobre la definición de posesión. Aunque los países de common law parecen evitar definir exactamente la posesión, los de civil law del continente europeo y Asia oriental asumen el desafío. Sin embargo, difieren sobre cómo se delimita y debe delimitarse la posesión. Algunos países, como Francia y los Países Bajos, distinguen entre la posesión y la detención, mientras que otros, como Alemania y Taiwán, utilizan los términos “poseedores” y “agentes en posesión”. Algunas jurisdicciones, como el Japón y Corea, consideran que la posesión es un derecho, mientras que otras, por ejemplo China, la tratan como un hecho. Algunos códigos civiles, como los de Alemania y Taiwán, simplemente definen la posesión como el control real, pero otros, por ejemplo el de Francia y los Países Bajos, también requieren intenciones específicas. En resumen, el concepto de posesión es ambiguo o desordenado.”

⁵ MERRILL TH. W. “Ownership and possession”, en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015, pág. 32

⁶ POLLOCK F. and WRIGHT, R. S. 1888. *An Essay on Possession in the Common Law*. Oxford: Clarendon Press, citado por ROSE CAROL M. “The law is nine-tenths of possession: an adage turned on its head” en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015, pág. 46. POLLOCK es autor de la parte del libro de donde la autora entresaca la cita.

⁷ Citado por DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008, pág. 617. Vide. IHERING R., *La posesión*, Madrid, 1926.

⁸ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, págs. 138-152.

⁹ MERRILL TH. W., *Ownership and possession*, págs. 9 ss

¹⁰ Véase un tratamiento por extenso en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798

¹¹ MONTÉS PENADÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 53-56, observa que confluyen en la específica configuración de estos dos institutos una serie de influencias históricas, el sistema romano o romanístico, la elaboración científica del racionalismo sobre las reglas romanas, la influencia filosófica del mismo racionalismo o iusnaturalismo y, desde luego, la concepción económica de los fisiócratas —pág. 56—. Véase SAN EMETERIO MARTÍN N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. ed. Tecnos, Madrid, 2005.

¹² La relación entre propiedad y contrato es un eje esencial en el análisis de la función económica de la propiedad privada. Véase LIBECAP G.D, *Contracting for Property Rights*, en ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), *Property Rights, Cooperation, Conflicts and Law*, ed. Princeton University Press, 2003, págs. 142-168.

¹³ Sobre la función económica del Derecho de propiedad véase ACKERMAN B.A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little, Brown, and Company, 1976, FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions and Economic Theory*, The University Michigan Press, 1998, DEMSETZ H *From Economic Man to Economic System*, ed. Cambridge University Press, 2008. POSNER R. *Economic Analysis of Law*, ed. Aspen, 2003, MERRILL TH. W y SMITH H.E, *Property: Principles and Policies*, Foundation Press, 2012, ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en The Yale Law Journal, 1992-1993, pág.1315. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Thomson Reuters, 2011, SAN EMETERIO MARTÍN N. *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, ed. Tecnos, Madrid, 2005

¹⁴ Véase PESET REIG M., *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, RCDI, n.º 527. PESET REIG M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, ed. Eder-sa, Madrid, 1988.

¹⁵ Dicho precepto se completaba por los artículos 36 y 37. Según el artículo 36 de la Ley Hipotecaria:

“Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley”.

Y según el artículo 37 de la misma Ley:

“Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro.

2.º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes:

Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta”.

También aparecía completado por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria referente a la inoponibilidad de los títulos no inscritos, así como por el artículo 97 de la Ley Hipotecaria relativo a las cancelaciones y según el cual:

“La cancelación de las inscripciones ó anotaciones preventivas no estingue por su propia y exclusiva virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos á que afecte; pero la que se verifique, sin ningún vicio exterior de nulidad de los expresados en el artículo siguiente, surtirá todos sus efectos, en cuanto al tercero que por efecto de ella haya adquirido é inscrito algun derecho, aunque después se anule por alguna causa que no resulte claramente del mismo asiento de cancelación”.

¹⁶ OLIVER Y ESTELLER B., *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomoson Ruters., 2.ª ed.: Cizur Menor, 2009, págs. 557-558.

¹⁷ ARDO NÚÑEZ C.R, *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI núm.: 614, pág. 156, nota 86. Me remito a todo lo expuesto al respecto en las paginas precedentes a propósito de lass resistencias que suscitó la introducción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861.

¹⁸ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, pág.: 21.

¹⁹ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, pág.:23.

²⁰ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, pág. 251.

²¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798,2023, pág. 2046.

²² LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed.: Bosch, Barcelona, 1976, pág.:168.

²³ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798,2023, pág. 2047.

²⁴ ARRUÑADA B., *Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española (1)*, RCDI, núm.680, 2003, pág.3282. Resalta este autor que “El ánimo del legislador respecto a la publicidad posesoria es visible en que deroga los artículos que la regulaban con carácter inmediato a la promulgación de la Ley, anticipándose así en seis meses a la entrada en vigor de sus otros preceptos. Este hecho también indica que, incluso en 1944, el procedimiento era preferido por muchos ciudadanos a las otras alternativas a su disposición. Es más, incluso experimenta una recuperación notable durante los primeros años de la década”

²⁵ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, Dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, págs.:246-247. Destaca el autor también cómo, a partir de 1944, se desarrolla una amplísima literatura doctrinal en relación con la posesión y el Registro. Entre otros trabajos, pueden citarse a DE LA RICA y ARENAL R., *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Ed.: Aguilar 1945, ALVAREZ CAPEROCHIPI J.A., *La posesión y el Registro de la Propiedad*, RDP. 62 (jun.1978) CABALLERO GEA J.A., *Desahucios.Procedimiento del art.41 de la Ley Hipotecaria. El titular registral frente al ocupante sin título*, Ed.: Aranzadi,1985. GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho inmobiliario Registral o Hipotecario, T.I*, Madrid, Civitas,1988, págs.. 207-226. MORALES A.M., *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*. CSIC,1972. VILLARES PICÓ M., *La posesión y el Registro*, RCDI, 230-231. GALLEGO DEL CAMPO G., “La usucapión contra tabulas” en.De DIOS S. et al., *Historia de la propiedad en España, IV Costumbre y prescripción*, CORPME, 2006. MACÍ A. *La usucapión secundum tabulas. El art.35 de la Ley Hipotecaria*, RCDI, núm.:664. FERNÁNDEZ GREGORACI B., *Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)*, CORPME,2002.

²⁶ Trato por extenso esta cuestión en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2023, págs..110-126.

²⁷ Algunos autores niegan la distinción entre una concepción psicológica y otra ética de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, v.gr.: MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7 1.º del Código civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I –PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.)–, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 42.

²⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019. págs. 561-563.

²⁹ Puede verse un comentario a esta sentencia en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria” págs. 583 a 613, en Yzquierdo Tolsada M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7.º (2015), ed. Dykinson, Madrid, 2017.

³⁰ En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2000, 8 de marzo de 2001, 9 de mayo de 2003 o 18 de febrero de 2005.

³¹ GORDILLO CAÑAS A. “La buena fe hipotecaria: quaestiones quodlibetales”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol II, ed. CORPME, Madrid, 2006, págs. 2351-2389, pág. 2374. *El principio de fe pública registral*, I, ADC, vol.59, núm.2, 2006, págs. 509-65, pág.:589. CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Coord). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) vol. I* (2005-2007), Madrid, Dykinson, págs. 493-515. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción “ética”*, en MURGA FERNÁNDEZ J.P y TOMÁS TOMÁS S., *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.103-120, pág.: 214

³² CASTILLO MARTÍNEZ C.C, *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008*, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373.

³³ LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm. 781, págs. 2621 a 2662, pág. 2644.

³⁴ *Ibidem*, págs. 2621 a 2662, pág. 2661, nota 51.

³⁵ En efecto, la situación posesoria resulta a menudo ambigua e insegura. Merece la pena traer a colación los ejemplos puestos por LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm.:781, págs. 2621 a 2662, pág.2644.: “Pensemos, por ejemplo, que el inmueble litigioso es una finca rústica de ciertas dimensiones que explota, a través de uno o varios trabajadores asalariados, el propietario no inscrito. Si el tercero se desplaza a la finca que pretende adquirir puede que se encuentre con quienes la están labrando (por el día o época de la visita o por la parte del inmueble que inspecciona). Si los ve, no tiene por qué sospechar que no trabajan para la persona que aparece como dueña en el Registro. Y, en general, tampoco tiene por qué saber si la posesión que, en su caso, advierta en la finca es o no en concepto de dueño, pues con frecuencia resulta difícil reconocer este tipo de posesión desde fuera. Recordemos que son manifestaciones de la posesión a título de dueño, entre otras, el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la realización de reformas, el cambio de cultivo de la finca...pero el adquirente no tiene por qué conocer quién ha realizado esas actuaciones, si es que se han llevado a cabo, sobre todo cuando no vive ni trabaja en la zona donde se encuentra el inmueble. Pensemos ahora que lo que se propone adquirir el tercero es una plaza de garaje en la que frecuentemente hay un coche aparcado. El futuro comprador, ¿ha de pensar que ese coche quizás no es propiedad del titular registral de inmueble?, ¿debe investigar o preguntar sobre la pertenencia del vehículo? Verdaderamente no parece que, habiendo confiado en la publicidad registral, e ignorando su posible inexactitud, el artículo 34 le exija en ese caso tal comportamiento añadido. Ello al margen de que también es posible pensar que la plaza esté alquilada o se haya permitido su uso por parte de algún vecino o amigo del propietario, sin que tal posibilidad tenga que poner en entredicho la veracidad de la información contenida en el Registro”.

³⁶ LÓPEZ FRÍAS A., *La buena o mala fe ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*, RCDI, n.º 781, págs. 2621 a 2662. Analiza las Ssentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988, 9 de mayo de 2003, 7 de

diciembre de 2004, 30 de diciembre de 2005, 25 de mayo de 2006, 10 de julio de 2006, 21 de julio de 2006, 10 de octubre de 2006, 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007, 20 de diciembre de 2007, 30 de junio de 2008 12 de enero de 2015, 19 de mayo de 2015, 29 de mayo de 2015, 4 de octubre de 2017, 5 de febrero de 2019 y 28 de mayo de 2019

³⁷ El texto que precede al texto articulado de la Ley de 30 de diciembre de 1944, a modo de preámbulo o, en su caso, exposición de motivos, afirma: “*La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe*”, lo que deja meridianamente clara la voluntad del legislador. No se exige diligencia alguna al adquirente –salvo adquirir del titular registral con capacidad para disponer–, de ahí que su buena fe se presuma “*siempre*” en el texto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

³⁸ El párrafo 932.2.º del *Bürgerliches Gesetzbuch* dispone, en relación a bienes muebles, que “*el adquirente no es de buena fe si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante*”. Hay que subrayar que en Derecho alemán la transmisión de la propiedad mobiliaria no requiere inscripción sino entrega –párrafo 929 del *Bürgerliches Gesetzbuch*

³⁹ Un examen exhaustivo de las diferentes opiniones al respecto puede verse en Trincado Aznar J.M., *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?* En RCDI n.º 781, págs. 2715 a 2770.

⁴⁰ ROCA TRÍAS s M.A., *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, RCDI, Núm.530, enero-febrero 1979, págs. 9 a 74.

⁴¹ DE LA RICA y ARENAL R. *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, núm 256, págs. 557-558, utilizó la conocida expresión “*buena fe pluscuamperfecta*”, por lo que calificaba al tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria de tercero “*pluscuamperfecto*”.

⁴² VALLET DE GOYTISOLO J.B., “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 335 y 443.

⁴³ PAZ-ARES C. *Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico*, RDM, 175–176, 1985, págs. 7-8.

⁴⁴ ARRUNADA B., *Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española (I)*, RCDI, núm.680, 2003, pág.3287.

