

adquisición conforme al artículo 34 LH, tal vez habría que dar una nueva vuelta de tuerca, y tratar también de superar esta tesis. Se podría empezar a considerar que ese adquirente no es verdadero propietario porque el Registro purgue, «convalide» su adquisición conforme al artículo 34 LH, sino que, probablemente, lo sea conforme al artículo 32 LH. Pues, como inscribió su derecho, es verdadero propietario frente a quien no lo hizo; no por un tema de eficacia o validez, sino de enfrentamiento de dos títulos distintos: uno perfecto y consumado, no inscrito (por tanto claudicante e inoponible frente a otro inscrito), y otro inscrito y por tanto oponible y eficaz, ahora sí, *erga omnes*. No se trata tanto de un supuesto de convalidación de una venta de cosa ajena por 34 LH, sino de un supuesto de inoponibilidad y, por tanto, del 32 LH en relación con los artículos 1.473 del Código Civil y 606 del Código Civil.

Pero, probablemente, el desarrollo de esta idea exceda de este comentario, con lo que me conformo con dejar planteada la cuestión.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

POSESIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. EL HECHO DE TRANSMITIR LA POSESIÓN DE UNA FINCA QUEDA EXCLUIDO DE INSCRIPCIÓN POR LA LEY HIPOTECARIA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Antecedentes.—Se presenta a su inscripción una escritura en virtud de la cual don Juan Manuel M. D. transmitió, a cambio de una prestación dineraria, la posesión de varias fincas registrales, respecto de las cuales afirma que es titular de la posesión de manera pública, pacífica y notoria desde tiempos inmemoriales, a las entidades C. de C., S. A.; SCLM, S. A.; SCR, S. A., y C. de CLM, S. A.

El Registrador rechaza la inscripción solicitada por entender que el mero hecho de transmitir la posesión de fincas es un derecho expresamente excluido de inscripción por la Ley Hipotecaria (art. 5 LH).

Se interpone recurso gubernativo alegando que no se pretende inscribir un hecho, sino un acto jurídico: la transmisión de la posesión, contemplado por el artículo 2 LH.

La DGRN confirma la nota del Registrador, desestimando el recurso interpuesto, estableciendo la siguiente

Doctrina.—Sin necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre si la posesión es un hecho o un derecho, es lo cierto que la reforma hipotecaria de 1944 declaró la expulsión del Registro de tal figura, de manera que, aunque se tratara hipotéticamente de un derecho real, la clara dicción del artículo 5 de la Ley Hipotecaria supondría una excepción a los artículos 1 y 2.1.º de la misma Ley.

COMENTARIO

Se plantea el problema de si la transmisión de la posesión es inscribible o no. En definitiva, nos encontramos con el viejo tema de la posibilidad de la inscripción registral de la posesión.

La normativa actual es bien clara a este respecto. El artículo 5 LH de forma expresa afirma: «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles». Pero esto no ha sido siempre así, sino que las legislaciones anteriores contemplaban la posibilidad de la inscripción de la posesión. ¿Por qué se ha producido este cambio? ¿A qué se debe la prohibición expresa de la vigente Ley? La posesión como hecho no se inscribe, pero ¿y el derecho a poseer?

Todas estas cuestiones merecen que nos paremos a analizar las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad, para tratar de concluir si la transmisión de la posesión (en el caso que se comenta) es un mero o simple hecho, o si, por el contrario, puede calificarse de acto que transmite un derecho real y debiera por tanto inscribirse.

Como bien señala la DGRN en esta resolución, no es momento ahora de detenernos a debatir sobre la naturaleza de la posesión, sobre si se trata de un hecho o más bien de un derecho. Partamos de la postura mayoritariamente aceptada de considerar a la posesión, en sí misma considerada, como un hecho jurídico, es decir, un hecho que produce consecuencias jurídicas, y por tanto con relevancia suficiente.

Pues bien, si se trata de un hecho, y como apunta ENCARNA ROCA (1), si el Registro se destina a publicar «actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales» (art. 1 LH), parece que la exclusión de la posesión en el mismo es evidente. Exclusión que se agudiza si tenemos en cuenta el carácter provisional y cambiante de la posesión. No parece que sea el Registro de la Propiedad el «medio» idóneo para la posesión. A pesar de ello, el legislador insiste y dedica un artículo particular y especial para prohibir la inscripción de la posesión en el Registro. ¿Por qué lo hace? ¿Queda alguna duda sobre su inscribibilidad?

Retomemos los antecedentes históricos para comprender la necesidad de esta expresa exclusión.

La Ley Hipotecaria de 1861 permitió la inscripción de la posesión, si bien siempre de una manera residual o subsidiaria, en caso de no poder acreditar y presentar a inscripción el título de dominio. Es decir, por las circunstancias históricas y coyunturales, para obtener la finalidad que obsesionaba al legislador de la época, que era lograr el mayor número posible de fincas inmatriculadas, se permitió que tuvieran acceso al Registro los títulos que sin poder probar el dominio sobre la finca, al menos sí podían acreditar la posesión sobre las mismas. O sea, la posesión fue una titulación supletoria para inscribir, no la posesión, sino el dominio (2).

(1) Véase ROCA TRÍAS, E., «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 530, 1979, págs. 9 y 10.

(2) La Exposición de Motivos de esta Ley recoge perfectamente esta idea: «la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les correspondan exigía procurar que a la titulación perdida o nunca formada reemplazase una titularidad nueva, lo cual si bien no podía inspirar desde luego tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesión, y en el transcurso del tiempo y con llegar a ser más antigua que la prescripción más larga, será tan buena y tan segura como la titulación más completa».

Y asimismo reconocen esta idea: CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 764; GENOVÉS AMORÓS, C., *La posesión y el Registro de la Propiedad*, Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, 1944; CURIÉL

La inscripción de la posesión se hacía mediante el expediente de información posesoria, en principio de carácter inmatriculador, y en cualquier caso esa medida tenía carácter transitorio y provisional, y sólo para adquisiciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley.

Sin embargo, las inscripciones de posesión fueron en aumento, se fue ampliando el uso de esas informaciones posesorias que se utilizaron de forma masiva, y la inscripción de la posesión pasa a ser un medio permanente. A esto contribuyó, como bien recoge CURIEL LORENTE (3), el hecho de que se ampliaron los medios para inscribir la posesión, pues también se podía inscribir mediante certificación administrativa o eclesiástica. Asimismo, el expediente posesorio perdió su carácter transitorio, y pudo utilizarse para adquisiciones posteriores a 1863. En la Ley de 1869 se regula un nuevo expediente de dominio, lo que consagró la práctica de la inscripción del expediente posesorio como inscripción de la posesión. Y la DGRN admitió en varias ocasiones la inscripción de títulos traslativos de la posesión inscrita. Posteriormente, y siguiendo al mismo autor, la Ley de reforma de 21 de abril de 1904 potenció los efectos de la inscripción de la posesión hasta hacerlos similares a los de la inscripción de dominio. Y la Ley de 1909 y su reglamento no cambiaron la situación, sino que configuraron la posesión inscrita como «un derecho potencialmente similar al dominio (art. 41 LH), pero temporalmente subordinado a él (arts. 34 y 396 LH) mientras no quedara absolutamente equiparado mediante la conversión de la inscripción de posesión en la de dominio (art. 399 LH)» (4).

Con estas perspectivas y ante este ambiente de inscripciones posesorias desnaturalizadas y excesivas, pues sobrepasaban con mucho lo que originalmente se pretendió con las mismas, el legislador, volviendo a la naturaleza de hecho de la posesión, y encuadrándolo en su verdadero marco —el Código Civil—, decidió, en la reforma de 1944, hacer una mención expresa a la prohibición de inscripción de la posesión, que de otra manera, y a no ser por los acontecimientos ya mencionados, nunca debió de ser necesaria, ya que de los artículos 1 y 2 LH se puede extraer la misma conclusión. Así surge el actual artículo 5 LH, que tiene precisamente su finalidad en aclarar y poner fin a todas las inscripciones posesorias hasta entonces permitidas.

De esta forma, hoy, con este artículo 5 LH no se permite la inscripción de la posesión ni a través de procedimientos inmatriculadores, ni tampoco a través de la inscripción de derechos reales limitados. La posesión como hecho queda fuera del Registro, en todas sus modalidades, salvo las inscripciones de carácter transitorio contempladas en la Disposición Transitoria 4.^a LH; y también se contempla la conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, conforme al actual artículo 353 RH, si no existieren asientos contradictorios (5).

LORENTE, F., «Comentario al artículo 5 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 3.º, EDESA, Madrid, 1999, pág. 330.

(3) Véase CURIEL LORENTE, F., «Comentario al artículo 5 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., pág. 332.

(4) Véase, de nuevo, CURIEL LORENTE, F., «Comentario al artículo 5 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., págs. 333-335.

(5) Disposición Transitoria cuarta LH 1944-46: «Surtirán todos los efectos determinados por la legislación anterior las inscripciones de posesión existentes el 1 de enero de 1945 o las que se practiquen, en virtud de informaciones iniciadas antes de dicha fecha».

Las razones para excluir a la posesión del Registro son, tal y como apuntan CURIEL LORENTE y ENCARNA ROCA: *a)* porque no existe una situación unitaria de posesión, sino que, según las condiciones concretas, sus efectos son distintos (*ad interdicta, ad usucapionem...*); *b)* la posesión, desligada del derecho, siempre tiene su fundamento en una situación de hecho sin conexión causal con el dueño, y por tanto contrario al tracto sucesivo; *c)* la situación posesoria adolece de provisionalidad; *d)* el Registro de la Propiedad se desenvuelve en el campo de la tutela de los derechos firmes y definitivos; *e)* porque el Registro publica titularidades (conforme al art. 1 LH); *f)* porque lo que se protege de la posesión es la relación fáctica del poseedor con la cosa poseída, y es una situación de hecho que pertenece a la vida real y no puede quedar amparada por el Registro; *g)* el concepto posesorio del 432 del Código Civil no puede reflejarse en el Registro, pues implica únicamente una relación del poseedor con el objeto, con independencia del título.

Aunque el artículo 5 LH rechaza de lleno la inscripción de la posesión, la Exposición de Motivos de esa misma Ley de 1944 parece que sí que admite como objeto del Registro el derecho a poseer o *ius possidendi*. En efecto, en la Exposición de Motivos se afirma que «el derecho a 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». Por lo tanto, el artículo 5 LH prohíbe la inscripción de la posesión, la Exposición de Motivos permite o ampara el derecho a poseer y excluye de su ámbito la posesión como mero hecho. ¿Existe una contradicción entre ambos? ¿Hemos de entender que el derecho a poseer, o la posesión como derecho, sí puede inscribirse en el Registro? En ese caso, ¿la transmisión de la posesión de la resolución que estamos comentando es un «derecho a poseer» y por tanto inscribible?

La aparente contradicción entre el artículo 5 LH y la Exposición de Motivos es sólo eso, aparente. Siguiendo en este punto las ideas de ENCARNA ROCA (6), hay que decir que queda claro que el simple hecho, o la posesión como hecho (*ius possessionis*) no puede inscribirse, y en eso coinciden ambos textos. En cuanto al derecho a poseer (*ius possidendi*) hay que entender que, por supuesto, es un derecho real que accede al Registro, lo que ocurre es que

Artículo 353.3.º: «Cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de las mismas, se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si no existiere asiento contradictorio», en relación con la Disposición Transitoria 5.ª del RH: «Podrán efectuarse agrupaciones de fincas inscritas en dominio y en posesión, aun cuando para las segundas no haya transcurrido el plazo de diez años requerido para la conversión en inscripciones de dominio; pero deberá instarse tal conversión así que transcurra dicho plazo».

(6) En este sentido, ROCA TRÍAS, E., «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», *ob. cit.*, págs. 10-11, afirma que: «lo cierto es que en virtud del citado artículo 5 LH, que prohíbe la inscripción de títulos referentes al mero o simple hecho de poseer, ningún Registrador inscribiría un título relativo al *ius possidendi* abstractamente considerado. Lo que ocurre es que el *ius possidendi* como tal no tiene autonomía propia, lo que quiere decir que aparecerá en el Registro como consecuencia del título de dominio o derecho real que se inscriba».

no tiene una inscripción autónoma e independiente; en ningún caso puede separarse del derecho real del cual es facultad, y será su continente (el derecho real) el que acceda al Registro, pero nunca él solo, tal y como mantiene la prohibición del artículo 5 LH. La prueba de que la posesión accede y es amparada y tenida en cuenta por el Registro la encontramos en los artículos 38 y 35 LH con sus presunciones posesorias que sólo pueden referirse al *ius possidendi*.

Por lo tanto, la posesión como hecho queda fuera del Registro, el derecho a poseer, dentro, pero nunca puede tener una inscripción propia e independiente a su favor, pues ese derecho a poseer siempre va unido al título que le sirve de causa, pues uno posee porque es propietario, usufructuario, arrendatario, etc. Igual que no puede acceder al Registro y publicarse simplemente un derecho sin su título, sin su causa, pues el objeto del Registro, o sea, lo que publica, son los derechos unidos inexorablemente a su título, con la posesión pasa lo mismo o más acentuado (7). La posesión, como derecho a poseer, no tiene autonomía propia, y siempre debe ir unido al derecho, o continente o título que le sirve de causa, y el Registro lo publicará junto con ese derecho real del que forma parte, pero en ningún caso podrá ser objeto de inscripción separada; al igual que (en otra medida) ocurre con todos los derechos publicados por el Registro de la Propiedad, que necesitan siempre ir unidos a su causa o título material para poder ser inscritos, ya que nuestro sistema es eminentemente causalista y rechaza el principio del consentimiento formal en la inscripción. Por tanto, aun considerando que la posesión sea un verdadero derecho real, por sí mismo y en soledad, no podrá ser objeto de publicidad registral.

Luego, es acertada la doctrina contenida en esta resolución que confirma la nota del Registrador al no permitir la inscripción de la posesión, pues así lo exige el artículo 5 LH, y aunque, se tratara de una transmisión del derecho a poseer (verdadero derecho real) su inscripción en solitario es inviable. Como bien afirma el Registrador en defensa de su nota, la ausencia de su título impide saber en concepto de qué (a título de qué) está poseyendo su titular (dueño, usufructuario, arrendatario), con las distintas consecuencias que uno u otro concepto aparejarían.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

(7) Confirmando esta idea de la unidad inescindible del objeto de la publicidad registral, véase AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 1 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 3.º, Edersa, Madrid, 1999, págs. 171 y sigs. Este autor afirma que «el objeto de la inscripción y de la publicidad registral, que así se actúa, es el derecho inscribible. Se inscribe el derecho pero en unión con su título originador: Título antecedente y derecho resultante forman una unidad inescindible para la publicidad del Registro. En nuestro sistema los derechos inscribibles no son derechos abstractos, independizados de su título de atribución, ni totalmente tipificados por la ley en la complejidad de su contenido de facultades».