

1.3. Derechos reales

Definitiva derogación del artículo 1949 del Código Civil:
la aplicación de la regulación hipotecaria en la usucapión *contra tabulas*

*Final repeal of article 1949 of Civil Code: implementation of mortgage regulation
on usucaption contra tabulas*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2014, fija doctrina jurisprudencial, considerando definitivamente derogado el artículo 1949 del Código Civil, por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, en la usucapión *contra tabulas*.

A partir de ahora, ya no queda duda de que para poder consumar y usucapir frente a un titular registral debe cumplirse lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, tanto en usucapión ordinaria como extraordinaria, sin necesidad, por tanto, de que el usucapiente tenga, a su vez, su título inscrito en el Registro de la Propiedad, como establece el artículo 1949 del Código Civil.

Se analiza en este trabajo, la evolución histórica del artículo 1949 en relación con la regulación paralela hipotecaria, su fundamento y sentido inicial, para desarrollar, después, la interpretación jurisprudencial que del mismo se ha hecho a lo largo de los años, que culmina con esta sentencia del TS, que despeja las dudas definitivamente en torno a su aplicación actual, así como los argumentos doctrinales que se esgrimen en favor de su derogación.

ABSTRACT: *The recent Supreme Court decision of January 21, 2014 fixed jurisprudence definitely considering repealed section 1949 CC, by art. 36 LH in usucaption contra tabulas.*

As of now, no longer any doubt that to consummate and usucapir against a registrant must be fulfilled the precepts of art. 36 LH both ordinary and extraordinary usucaption without therefore usucapiente that have, in turn, its title registered in the Land Registry, as required by art. CC 1949. Is analyzed in this paper, the historical development of art. 1949 in relation to the parallel mortgage regulation, its rationale and initial direction to develop, then, the judicial interpretation thereof that has been done over the years, culminating in the judgment of the TS, that definitely clears doubts around its current application.

PALABRAS CLAVE: Usucapión. *Contra tabulas*. Título inscrito. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: *Usucaption. Inscribed title. Property registration.*

SUMARIO: I. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1949, 1959 DEL CÓDIGO CIVIL Y 35 Y 36 DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN SOBRE LA USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS*. 2. LAS RELACIONES ENTRE LA PRESCRIPCIÓN Y EL REGISTRO A PARTIR DE LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1944-46.—II. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA HASTA LA ACTUALIDAD. 2. FIJACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN LA STS DE 21 DE ENERO DE 2014.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1949, 1959 DEL CÓDIGO CIVIL Y 35, 36 DE LA LEY HIPOTECARIA

La derogación del artículo 1949 del Código Civil por la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 enero de 2014, pone fin a una dilatada polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a su vigencia e interpretación.

A partir de ahora, y gracias a la fijación de doctrina que ha hecho el Alto Tribunal, ya no quedan resquicios o dudas sobre la posibilidad de su aplicación a la usucapión *contra tabulas*, pues entra en franca contradicción con lo que establece la Ley Hipotecaria en su artículo 36.

El Tribunal Supremo ha declarado que todo lo relativo a la usucapión *contra tabulas* debe regirse por la legislación hipotecaria y, en concreto, aplicarse el artículo 36 del mismo cuerpo legislativo, dando por zanjada la cuestión sobre la pervivencia del artículo 1949 del Código Civil de redacción anterior al actual artículo 36 LH de 1944-46.

De este modo, ya no va a ser necesario para poder usucapir frente a un tercero inscrito el tener el usucapiente su título inscrito en el registro, como se desprende del citado artículo 1949 del Código Civil: «Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo».

Lo que ahora parece claro y cristalino, ha hecho correr mucha tinta y muchas opiniones doctrinales que trataban, algunas, de compaginar ambos preceptos contradictorios (arts. 1949 CC y 36 LH), y otras, afirmaban ya la derogación tácita del 1949 del Código Civil con la entrada en vigor del actual 36 LH.

Para tratar de entender las distintas posturas doctrinales al respecto, consideramos necesario, en primer lugar, abordar el origen histórico del artículo 1949 del Código Civil para poder entender su fundamento y finalidad, pues solo así se podrá concluir si debe entenderse derogado o no.

1. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN SOBRE LA USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS*

El examen del artículo 1949 del Código Civil, que nació con la publicación del Código Civil en 1889, no puede separarse de la evolución histórica de la propia regulación hipotecaria sobre la usucapión *contra tabulas*.

La Ley Hipotecaria surge por razones históricas y políticas con anterioridad al Código Civil, desgajado de este, en 1861.

En la LH de 1861 encontramos el artículo 35 en el que ya se regulaba la posibilidad de usucapir contra un titular registral. En dicho artículo, y se ha

mantenido así casi hasta nuestros días, ya se distinguía la posibilidad de prescribir frente a un mero titular registral, que se rige por lo dispuesto en el Código Civil (*usucapión inter partes*), de la posibilidad de usucapir contra un tercer adquirente de buena fe, que desconocía la posesión del usucapiente (*usucapión frente a tercero*).

Es este segundo caso el que ha generado la polémica doctrinal e interpretativa, y al que nos vamos a referir en exclusiva, pues es la posibilidad de prescribir frente a tercero hipotecario lo que ha suscitado dudas en cuanto a la legislación aplicable a ese supuesto.

De este modo, y según la LH de 1861, y lo dispuesto en su artículo 35, siempre que una persona pretendiera usucapir frente al tercer adquirente inscrito, era necesario que, a su vez, hubiera inscrito su título en el Registro. El artículo 35 LH de 1861 tenía el siguiente tenor: «la prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallara este inscrito en el Registro. El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción».

En este artículo se contempla la posibilidad de la usucapición ordinaria *contra tabulas*, ya que se refiere al usucapiente con justo título, y para poder consumar dicha usucapición frente a un tercero hipotecario era preciso, como bien recoge el precepto, que tuviera su título inscrito en el Registro.

Si en este artículo se exigía expresamente la inscripción para poder usucapir *contra tabulas* de forma ordinaria, puede deducirse que dicho requisito no se exigía para la extraordinaria al no establecerse nada en el precepto.

En definitiva, en la Ley de 1861 cabe la usucapición *contra tabulas*, tanto ordinaria como extraordinaria, con un régimen distinto para cada una: necesidad de inscribir el título en la primera, y posibilidad de usucapir contra titular sin tener inscrito el título para la segunda (siempre *sensu contrario*).

Con posterioridad, se publica la Ley Hipotecaria de 1869 y se produce un cambio en la redacción del artículo 35 que recogía la usucapición contra el Registro: «la prescripción que no requiera justo título no perjudicara a tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiere justo título si este no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción».

A partir de este momento el diferente régimen para la usucapición ordinaria y extraordinaria es expreso: para la ordinaria se sigue exigiendo que se tenga inscrito el título, y sin embargo para la extraordinaria («que no requiera justo título»), se añade una nueva exigencia, pues el usucapiente ahora debe tener su posesión inscrita en el Registro.

El hecho de que se exija la inscripción de la posesión no debe extrañarnos debido a que, en ese momento, era posible la inscripción de la posesión, e incluso el dominio se justificaba a través de la misma, en virtud de los expedientes posesorios; no obstante, sí puede extrañar la exigencia de un requisito más en la usucapición extraordinaria que la propia posesión *ad usucaptionem*, y el tiempo necesario, como luego veremos.

Es en este momento cuando el Código Civil ve la luz, en 1889, y en el mismo se recoge el artículo 1949 del Código Civil con la misma redacción que en la actualidad, donde se exige, al igual que en el artículo 35 LH que el usucapiente *contra tabulas* tenga inscrito su título de dominio. Hemos de entender que este requisito de la previa inscripción, se aplica solo a la usucapición ordinaria, puesto que en el mismo cuerpo legal, el artículo 1959 del Código Civil, afirma con

rotundidad que cabe la usucapación extraordinaria de inmuebles, para la que es suficiente «la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes». Si este precepto admite que puede usucapirse sin título ni buena fe, está admitiendo la usucapación *contra tabulas*, sin más requisitos que el tiempo y la posesión. Luego, el artículo 1959 del Código Civil parece modificar o derogar, de forma tácita, la segunda regla que la LH de 1869 introdujo para este tipo de usucapación: la inscripción de la posesión, pues nada se dice al respecto en el posterior cuerpo legal.

Es decir, no se modifica expresamente el artículo 35 LH, pero gran parte de la doctrina lo entiende derogado, y considera que se vuelve a la situación que contemplaba el artículo 35 LH de 1861¹: Para la usucapación ordinaria *contra tabulas* es preciso el título de dominio inscrito en el Registro (art. 35 y 1949 CC). Para la usucapación extraordinaria *contra tabulas* no se necesita nada más que la posesión *ad usucaptionem* durante treinta años, eliminándose la necesidad de la inscripción de la misma (art. 1959 CC).

No obstante, eso no deja de ser una interpretación doctrinal, a mi juicio acertada, pero sin reflejo real legal, pues el texto del artículo 35 LH, entonces vigente, sigue manteniendo la necesidad de que el usucapiente tenga título o posesión inscrita para consumar su adquisición frente a tercero inscrito.

Con la nueva reforma de la Ley Hipotecaria en 1909, se pretendió adaptar la legislación hipotecaria al recién publicado Código Civil. Sin embargo, el artículo 35 LH se mantuvo con la misma redacción que tenía en 1869, sin modificarse, ni adaptarse a lo dispuesto por el artículo 1949 y 1959 del Código Civil, tal y como acabamos de interpretar y exponer.

Esta no modificación de la Ley Hipotecaria en cuanto al régimen de la usucapión *contra tabulas*, volvió a levantar polémica doctrinal, en el sentido de cuestionarse si la nueva Ley Hipotecaria de 1909 había derogado lo dispuesto en el artículo 1959 del Código Civil, exigiéndose, de nuevo, la inscripción de la posesión en el Registro para el usucapiente.

Entendemos, al igual que SERRA CONTRERAS (2005), que esto no puede entenderse así, puesto que la Ley Hipotecaria de 1909 se publicó para «adaptar la normativa hipotecaria al nuevo Código Civil, y nunca para derogar este», tal y como se desprende de la propia Disposición Transitoria 6.^a de la LH de 1909.

De igual forma, la doctrina de la época así lo interpretó², entendiendo que si la usucapión extraordinaria no debe exigir título alguno *ex artículo 1959 del Código Civil*, mal se puede exigir este requisito cuando se pretenda contra un titular registral, y que por lo tanto lo establecido en el artículo 1949 del Código Civil no puede aplicarse a la usucapión extraordinaria, teniendo regímenes distintos.

La jurisprudencia también interpretó de esta forma la relación entre ambos cuerpos legales, inclinándose por la clara aplicación del artículo 1959 del Código Civil ante una prescripción *contra tabulas*, sin necesidad de más requisitos para ello que su propia posesión continuada en el tiempo. Baste ver, en este sentido, las SSTS de 17 de diciembre de 1910, 29 de octubre de 1915, y por último la STS de 20 de octubre de 1941, que afirmaba lo siguiente: «La sentencia de esta Sala, de 17 de diciembre de 1910, declaró que para prescribir contra el dueño no es necesario fundarse en título inscrito, ni aun en título escrito cuando la prescripción opuesta es la extraordinaria, como ocurre en el caso del presente litigio». Es decir, confirma que se aplica el artículo 1959 del Código Civil a la prescripción extraordinaria, y el 1949 del Código Civil (con necesidad de título inscrito) para la ordinaria, obviando lo dispuesto en la LH de 1869.

Así las cosas, y con una interpretación favorable al mantenimiento del doble régimen para la usucapión ordinaria y extraordinaria frente a un titular registral, como el que se recogía en la LH de 1861, en sintonía con lo dispuesto en el posterior Código Civil (arts. 1949 y 1959), pero sin reflejo real en una modificación del artículo 35 LH entonces vigente, se produce una nueva y última reforma de la LH.

En 1944-46 se publica la nueva Ley Hipotecaria, que es la que todavía hoy permanece en vigor, y en ella se produce un drástico cambio en la regulación de la usucapión.

En esta ley aparece el actual artículo 36 LH, que regula la usucapión *contra tabulas* de forma muy distinta a lo que hasta entonces se establecía, y el nuevo artículo 35 LH va a regular, ahora, la usucapión *secundum tabulas*, es decir, a favor del titular registral.

El artículo 36 LH se aparta de lo dispuesto hasta entonces por las anteriores leyes hipotecarias, y admite la posibilidad de prescribir contra titular registral que sea tercer adquirente³, siempre que este hubiera conocido o hubiera podido conocer la posesión del usucapiente en el momento de la adquisición de la finca inscrita, o durante el siguiente año, sin haber dicho nada⁴. Este artículo no parece distinguir entre usucapión ordinaria y extraordinaria, ni exige ningún requisito de inscripción ni del título ni de la posesión para el usucapiente. Como hemos dicho, se trata de un régimen distinto al anterior, que vuelve a chocar con lo establecido en el Código Civil y el artículo 1949.

A partir de este momento es cuando surgen, de nuevo, las diferentes interpretaciones sobre las relaciones de ambos cuerpos normativos, y en consecuencia las relaciones entre la prescripción y el Registro, que analizamos a continuación.

2. LAS RELACIONES ENTRE LA PRESCRIPCIÓN Y EL REGISTRO, A PARTIR DE LA REFORMA DE LA LH DE 1944-46

Como acabamos de plantear, publicada la nueva Ley Hipotecaria en 1944-46, surge un nuevo problema: ¿Qué precepto debe aplicarse a la usucapión *contra tabulas*, el nuevo artículo 36 LH, o el régimen del Código Civil en el artículo 1949 del Código Civil, que exige que solo puede usucapir de forma ordinaria frente al Registro quien a su vez tenga título inscrito?

Ante la doble regulación surgen distintas posturas, algunas matizadas, pero fundamentalmente:

- a) Los de aquellos que entienden derogado el artículo 1949 por el nuevo artículo 36 LH, siendo de aplicación única la legislación hipotecaria.
- b) Los de aquellos que entiende la persistencia de un doble régimen: se aplicará el artículo 1949 del Código Civil para la usucapión ordinaria *contra tabulas*, y sin embargo, el artículo 36 LH para la usucapión extraordinaria.

Entre los defensores de la primera postura, y siguiendo en este punto al estupendo trabajo de NIEVES FENOY (2002)⁵, destacamos a ALBALDEJO, ROCA SASTRE, ROCA I TRÍAS, RUBIO GARRIDO, CLEMENTE MEORO, MIQUEL GONZÁLEZ, MORALES MORENO, REGLERO CAMPOS y GORDILLO CAÑAS. Y también se pueden señalar como afines a esta tesis, aunque no lo manifiestan de forma expresa, pero, podemos deducirlo de sus postulados a: DE LA RICA Y ARENAL, VILLARES PICÓ, SOLS GARCÍA y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

Los argumentos en los que estos autores basan la derogación del actual artículo 1949 del Código Civil por el artículo 36 LH, respecto a la usucapión contra tabulas, resumiendo en este apartado lo recogido por FENOY PICÓN (2002), son los siguientes:

- Los artículos 35 LLHH de 1869 y 1909 establecen lo mismo que el actual 1949 del Código Civil para la usucapión ordinaria *contra tabulas*, tal y como se desprende de sus propios antecedentes. Si esto es así, y no hay duda de que el artículo 35 de las anteriores leyes hipotecarias no puede aplicarse en la actualidad, tampoco podrá hacerlo el 1949 del Código Civil. Es cierto, que esto supone una no aplicación del artículo 1949 del Código Civil y no su derogación, pero indica una tendencia hacia la desaparición del mismo.
La imposibilidad de aplicar hoy en día lo dispuesto por el anterior artículo 35 LH se deriva de lo siguiente: no podría darse hoy en día la posibilidad de una usucapión ordinaria *contra tabulas*, que exigiera la doble inscripción de los títulos, porque desde la Ley de 1 de enero de 1875, no puede publicarse por el Registro de la Propiedad dos títulos incompatibles. Y además, y respecto de la usucapión extraordinaria para la que se exigía la inscripción de la posesión, eso no es posible desde la LH de 1909, que impide la inscripción de la posesión si en el Registro existiera alguna inscripción contradictoria con la misma. Por tanto, una vez en vigor la LH de 1909, ya no existen las condiciones legales necesarias para poder aplicar el artículo 35 LH, y por tanto, este es inaplicable.
- Relaciones entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. Si bien es cierto que la LH de 1944-46 no recogía una derogación expresa en una Disposición Final Derogatoria de aquellos artículos del Código Civil que fueran contradictorios con ella, no es menos cierto que existe la regla general de derogación tácita de una ley posterior respecto de aquellas materias previamente legisladas que fueran contradictorias con esta. Por lo tanto, la LH de 1944-46 habría derogado tácitamente ese precepto de 1949 del Código Civil al oponerse y ser incompatible lo que en él está regulado con el posterior del artículo 36 LH. La incompatibilidad de ambos artículos se percibe claramente cuando el artículo 36 LH de 1944-46 sí que derogó expresamente el anterior artículo 35 LH, y si este y el artículo 1949 recogen los mismos supuestos, el último queda derogado por incompatible.
- El tenor literal del artículo 36 LH no diferencia entre la usucapión *contra tabulas* ordinaria y la extraordinaria; luego, si el legislador no distingue, no puede hacerlo el intérprete, pretendiendo que el artículo 1949 del Código Civil se aplique a la ordinaria, y el artículo 36 LH a la extraordinaria. Y si no puede interpretarse así, y el artículo 36 LH se aplica a ambos supuestos, el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado tácitamente por este, al establecer esa regulación incompatible y para diferentes supuestos.

Los defensores de la segunda postura se encuentran representados por NÚÑEZ LAGOS, REYES MONTERREAL, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, PETIT SEGURA y GARCÍA GARCÍA.

Los argumentos que refrendan su postura se basan principalmente en:

- La intangibilidad y preferencia del Código Civil respecto de la Ley Hipotecaria. Entienden que las normas del Código Civil son preferentes a las de la Ley Hipotecaria de 1944-46, ya que cuando se publicó esta se estableció que debía «respetar íntegramente el Código Civil»; luego, no

puede entenderse que el Código Civil esté derogado ni directa, ni tácitamente por la LH, que queda como derecho supletorio y complementario.

FENOY PICÓN (2002) se plantea entonces que, si sigue en vigor el artículo 1949 del Código Civil, los supuestos a los que se puede aplicar, ¿cuáles son? Una serie de supuestos tangenciales y marginales. En palabras de esta autora, «es un precepto que se aplicaría, en general, a casos patológicos, no deseables, desde luego, desde la perspectiva del Derecho Inmobiliario Registral (doble immatriculación, título nulo inscrito frente a otro anterior, cancelación indebida de la inscripción anterior por reanudación del trámite sucesivo, derecho real en cosa ajena inscrito y que no existe en la realidad extrarregional...)».

Por todo ello, entendemos que la postura o tesis que debe prevalecer es la primera de las dos expuestas, y consideramos que tras la publicación de la LH de 1944-46 debemos entender derogado el artículo 1949 del Código Civil, como asimismo lo entiende la mayoría de la doctrina.

Sin embargo, y para poder clarificar del todo este controvertido asunto y concluir de manera razonada, vamos a analizar ahora cómo ha interpretado la jurisprudencia del TS este complicado asunto.

II. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA

1. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA HASTA LA ACTUALIDAD

Corresponde hacer un breve repaso a la doctrina jurisprudencial existente desde la publicación de la Ley Hipotecaria de 1944-46, con la introducción del nuevo —entonces— artículo 36, hasta la actualidad, cuando la STS de enero de 2014 ha puesto fin a esta discusión doctrinal.

Básicamente, y al igual que hemos tratado de hacer con el reflejo doctrinal, se trata de averiguar, si al igual que para la mayoría de la doctrina, el artículo 1949 del Código Civil se debe o no entender derogado tras la publicación del nuevo artículo 36 LH.

Existe un grupo más o menos numeroso de sentencias que recogen el artículo 1949 en sus fundamentos, pero de forma tangencial, solo mencionándolo, sin que se basen en la aplicación del mismo para decidir y resolver. Tal es el caso de las SSTS de 16 de noviembre de 1956, 23 de junio de 1966 o 10 de marzo de 1980. Estas sentencias nada aportan a la cuestión que estamos tratando de solucionar.

También hay otro grupo de sentencias que no deciden en virtud del artículo 1949, y por lo tanto, no se resuelve sobre su derogación o vigencia pero, de forma siempre indirecta, nosotros podemos intuir una postura favorable a la derogación del artículo 1949 del Código Civil, en cuanto que no se aplica este para resolver la cuestión planteada, si no el artículo 36 LH. Es cierto que, en estos casos, nada se dice acerca de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil, ni de la posibilidad de aplicarlo o no al caso concreto, solo se afirma en ellas que se trata de un supuesto del artículo 36 LH, y en consecuencia, este es el aplicable.

El TS se fija en los requisitos que el artículo 36 LH establece para resolver las distintas situaciones, y decide aplicar lo que en él se establece, comprobando si se cumplen o no los presupuestos del artículo 36 LH. No es por tanto descabellado afirmar que el Alto Tribunal, ante un supuesto de usucapión *contra tabulas* frente a tercero acude a lo dispuesto en el artículo 36 LH, y no al artículo 1949

del Código Civil. Luego, y siempre de forma indirecta, se puede colegir que se ha derogado —o al menos olvidado o postergado— el artículo 1949 del Código Civil en detrimento de lo dispuesto por el artículo 36 LH, pues es este el que debe aplicarse y cotejarse en primer lugar.

En casi todas las sentencias que encontramos en este grupo, el TS analiza con detalle si el titular registral frente a quien se prescribe es o no es tercero hipotecario, por faltarle alguno de sus requisitos esenciales, en concreto y en la mayoría de los casos, analiza la existencia o falta de buena fe del adquirente, que conoció o pudo haber conocido la posesión del usucapiente antes o durante el primer año de su adquisición, para decidir entonces si puede aplicarse lo establecido en los primeros párrafos del artículo 36 LH. Hay que señalar que esta argumentación se repite tanto en supuestos de usucapición ordinaria como extraordinaria. Sin embargo, nada se dice del artículo 1949 del Código Civil, y nada se afirma en relación a su derogación o vigencia.

En este sentido, encontramos las SSTS de 12 de diciembre de 1994, 8 de octubre de 1997, 30 de octubre de 1998 y 21 de julio de 2006⁶.

Sin embargo, y por último, aunque en menor número, también hay otras sentencias que se ocupan del tema de la usucapición *contra tabulas*, y entran a decidir sobre la aplicación o no del artículo 1949 del Código Civil, y por lo tanto, sí que se pronuncian sobre su vigencia.

Entre ellas, destacamos la STS de 31 de marzo de 1992, en la que se afirma claramente que al supuesto de hecho descrito es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil; por lo tanto, hay que concluir que, si se aplica el artículo 1949 del Código Civil, es porque se mantiene la vigencia del mismo frente al artículo 36 LH, que no se aplica ni casi se alude al mismo en esta resolución.

Si bien es cierto, como dice FENOY (2002), que el TS aplica un precepto a un supuesto de hecho distinto al que dicho precepto se refiere (puesto que se trata de un caso de usucapión contra titular registral, *inter partes*, y no frente a terceros, y el art. 1949 del CC está pensado para prescribir frente a tercero adquirente), no es menos cierto que, a los efectos que nos ocupa, aunque sea de forma equivocada, resuelve aplicando este artículo ante un supuesto de usucapición *contra tabulas*, y por lo tanto, sostiene su vigencia.

En esta sentencia se analiza el siguiente supuesto de hecho: Adquirida e inscrita una finca por los demandados en el Registro de la Propiedad con fecha de adquisición en 1968 e inscripción de la misma en agosto de 1969, la compañía demandante reclama la propiedad de dicha finca que obtuvo como aportación fundacional de otra mercantil en 1974, habiendo adquirido esta última la propiedad de la finca por procedimiento ejecutivo en diciembre de 1969, seguido contra el transmítente de los demandados, titulares registrales. La mercantil demandante reclama la propiedad de la finca en base a una usucapición *contra tabulas* ejercitada en perjuicio del titular registral, por concurrir todos los requisitos legales para ello, pero datando su posesión de una fecha posterior a la inscripción registral del titular protegido. El TS entiende que se trata de una usucapición ordinaria *contra tabulas*, pero frente a tercero hipotecario protegido, y decide aplicar, entonces, para solucionarlo, el artículo 1949 del Código Civil, resolviendo, que no puede prevalecer la usucapición alegada, ya que este artículo exige para ello (usucapición *contra tabulas* frente a tercero) que el usucapiente tenga su título inscrito en el Registro, requisito que no se cumple en este caso.

En concreto afirma lo siguiente:

«Nos encontramos por tanto frente a una usucapión *contra tabulas*, ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca, por aquel que se dice poseedor sin título inscrito, y datando su posesión de una fecha posterior a la inscripción registral del titular protegido. Tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia interpretativa de los preceptos sustantivos, son terminantes en la materia: declaran la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles, frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales. O dicho de otro modo, en contra del tercero, el artículo 1949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria *contra tabulas*, admitiéndola solo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente; valiendo la posesión anterior, solo a efectos de la prescripción extraordinaria. Esta doctrina aparece clara y terminante en los textos legales, así como en la interpretación jurisprudencial, habiendo intentado oscurecerla la parte recurrente, al desvirtuar el concepto del “tercero” que el legislador ha querido señalar para estos casos. Los artículos 462 y 1949 del Código Civil se refieren a la prescripción ganada “en perjuicio de un tercero”, y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sea pensando en el concepto de “tercero hipotecario”, de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe ser así, pues ambos preceptos sustantivos se están remitiendo “a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria” (art. 462), y a los efectos a producir “contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad” (art. 1949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del artículo 36 de la Ley de hipotecas, cuando textualmente se refiere “a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34”; requisitos que sitúan a esta concreta figura del tercero en una posición privilegiada, pues cuando no concurre en él tal condición, la prescripción adquisitiva del poseedor del inmueble opera aunque este no tenga inscrito su título adquisitivo, con arreglo a lo que disponen las normas generales contenidas en los artículos 447, 1930, 1940 y 1957, todos del Código Civil; carácter normal o común del prescribente que sanciona el artículo 36.3 de la Ley Hipotecaria, en contraposición con las especiales exigencias y condiciones requeridas para la defensa del tercer hipotecario, que anteriormente hemos señalado».

Es decir, el TS afirma en esta sentencia dos cosas importantes: El tercero del 1949 del Código Civil es un tercero hipotecario, y así debe entenderse, y además, la prescripción *contra tabulas* que allí se contempla es una usucapión ordinaria, con justo título por parte del usucapiente, que debe inscribir. Luego, delimita o perfila perfectamente el Tribunal cuál es el supuesto al que se aplica y por tanto está vigente el artículo 1949 del Código Civil: usucapión ordinaria *contra tabulas* y siempre frente a tercero hipotecario.

Una vez aclarados estos extremos, el TS concluye en su sentencia, afirmando la imposibilidad de consumarse esa concreta usucapión ordinaria *contra tabulas*, pues el título no está inscrito:

«En el caso que nos ocupa, los demandados gozan, según la declaración terminante contenida en la sentencia recurrida, de la condición de terceros hipotecarios, y la inscripción registral de su finca tuvo lugar el día 11 de agosto de 1969; el demandante afirma que empezó a poseer el inmueble el día 30 de octubre de 1974, sin que hasta la fecha haya inscrito su título posesorio; así pues,

la prescripción alegada necesariamente tiene que estar comprendida negativamente en el artículo 1949 del Código Civil, sin que pueda perjudicar a los terceros inscritos, ya que aún no se han dado las condiciones precisas para empezar a correr el tiempo de la prescripción, y no cabe hablar de la posible aplicación de las reglas contenidas en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, pues cuando la finca fue adquirida por el matrimonio demandado (4 de diciembre de 1968), la supuesta prescripción adquisitiva «ni estaba consumada, ni en vías de consumarse dentro del año siguiente», ya que se inicia la posesión por parte de la entidad actora casi seis años después (30 de octubre de 1974); y, finalmente, el párrafo 3.^º del citado artículo es inoperante frente a los demandados, que, como hemos visto, tienen la consideración de terceros hipotecarios, y no les son, por tanto, de aplicación las reglas de la legislación civil».

Como decíamos al inicio del comentario de esta sentencia, se equivoca el TS en aplicar las reglas de usucapión frente a terceros, en una usucapión *inter partes*, pues el usucapiente empieza a poseer después de la adquisición e inscripción de los titulares registrales, que no son terceros hipotecarios, sino meros titulares. Pero, a pesar de este equívoco, es claro de la dicción y reproducción de esta sentencia que, para el Tribunal Supremo, el artículo 1949 del Código Civil sigue vigente, no está derogado por el artículo 36 LH, y debe aplicarse a los supuestos de usucapión *contra tabulas* ordinaria.

En un sentido muy parecido a esta sentencia encontramos las sentencias de 19 de julio de 1999 y 28 de diciembre de 2001, en las que el Alto Tribunal también se pronuncia sobre el artículo 1949 del Código Civil, coligiendo, entonces, su plena vigencia, al exigir en todas ellas la necesidad de que el usucapiente tenga su título inscrito en el Registro, y que sea esa fecha el *dies a quo* del inicio del plazo de prescripción ordinaria *contra tabulas*, y frente a tercero.

Ante estos pronunciamientos de la jurisprudencia más reciente, parece que debe confirmarse la plena vigencia del artículo 1949 del Código Civil en la usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero hipotecario, estableciendo un doble régimen de ley aplicable: uno para la ordinaria (art. 1949 CC) y otro para la extraordinaria (art. 36 LH), así al que existía antes de la LH de 1944-46. Esta doctrina jurisprudencial está en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina que ve superada esta postura tras la publicación de la LH de 1944-46, con el artículo 36 LH, único que regula la usucapión *contra tabulas*, tanto ordinaria como extraordinaria, frente a titular como frente a tercero.

Así las cosas, se produce el pronunciamiento del TS de enero de este año que viene a poner paz en este conflicto.

2. LA FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN LA STS DE 21 DE ENERO DE 2014

Tal y como acabamos de explicar, existe una discordancia entre el sentir doctrinal mayoritario a favor de la derogación del 1949 del Código Civil por el artículo 36 LH, y la interpretación jurisprudencial del Supremo, si bien, esta tampoco muy contundente y clara, puesto que en la mayor parte de las sentencias donde menciona el artículo 1949 del Código Civil lo hace de forma tangencial, sin entrar a valorar su vigencia o derogación. De este silencio y de la aplicación del artículo 36 LH al supuesto de hecho, nosotros hemos deducido la preterición u olvido del artículo 1949 del Código Civil, pero, sin embargo, en alguna de ellas sí se aborda esta cuestión, inclinándose el Tribunal Supremo por su vigencia, ya

que aplica ese artículo, aunque no se pronuncia expresamente sobre ello, tal y como acabamos de exponer.

De este modo, existe cierta incertidumbre en cuanto a la vigencia del artículo 1949 del Código Civil o su derogación por el artículo 36 LH, a la que debe ponerse fin. Por eso, es de agradecer la reciente sentencia de 21 de enero de 2014, donde el Tribunal Supremo pone fin a esta discusión, fijando doctrina en la misma sobre la derogación clara del artículo 1949 del Código Civil.

El ponente de esta sentencia es don Antonio SALAS CARCELLER, y los hechos que han dado lugar a la misma, son los siguientes: La entidad Promociones MCH 2003, S. L., interpuso demanda de juicio ordinario contra don Ruperto, doña Tamara, don Ernesto y don Federico, interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara que el contrato de compraventa celebrado entre los demandados mediante documento privado de fecha 12 de febrero de 1996, por el cual el primero de ellos vendía a los demás determinadas plantas del edificio sito en la CALLE000 núm. NUM001 de Santa Cruz de Tenerife, inscrito en el Registro de la Propiedad al folio NUM003, del libro NUM004, finca núm. NUM005, era nulo de pleno derecho, pues se cedía parte de un bien sobre el cual no existía plena disposición por parte del vendedor, al estar integrado en una herencia yacente, con imposición de costas a dichos demandados.

Los demandados don Ernesto y don Federico se opusieron a la demanda y, además, formularon reconvenCIÓN contra la demandante y contra don Ruperto, doña María Cristina, don Teodoro y don Virgilio, solicitando que se declare la nulidad de la partición otorgada por estos últimos el día 28 de enero de 2004 ante el notario don Clemente ESTEBAN BELTRÁN, que se declaren nulos el contrato de compraventa otorgado en agosto de 2004 y la escritura de 7 de febrero de 2004, por los que se vendía la totalidad del edificio a Promociones MCH 2003, S. L., y las inscripciones de dominio a las que han dado lugar, y además que se declare que los reconvinientes son propietarios por terceras partes iguales de la planta baja del edificio en cuestión por escritura de aceptación y liquidación de herencia, y que se declare la propiedad de don Ernesto y doña Tamara de la planta 2.^a de dicho edificio.

El Juzgado de Primera Instancia declara no haber lugar a las nulidades de los contratos pretendidos, y declaró que los reconvinientes no son propietarios de las plantas baja y primera, por prescripción adquisitiva tal y como subsidiariamente pretendían.

Se recurrió en apelación por parte de los demandados, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia, y mantuvo la no adquisición de la propiedad por los demandados en virtud de usucapión *contra tabulas*, ya que no cabía admitir tal modo de adquirir en el presente caso puesto que se trataba de una prescripción ordinaria que —según el art. 1949 CC— requería que el usucapiente, a su vez, tuviera título inscrito a su favor.

En concreto, la Audiencia afirmó lo siguiente: que «en el presente caso se pretende una usucapión *contra tabulas* ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca que ostenta la condición de tercero hipotecario, por aquella que se dice poseedora sin título inscrito, si bien su posesión es de fecha anterior a la de la inscripción registral del titular protegido, y estas circunstancias hacen inmune al tercer hipotecario frente a la usucapión ordinaria pretendida, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 1992, “el artículo 1949 es terminante y no permite vacilaciones hermenéuticas: el tiempo empieza a correr desde la inscripción del segundo título, el de los reconvinientes” (*sic*). El artículo 1949 pone énfasis especial en la determinación del día inicial para el cómputo

del periodo de prescripción. Este hace referencia a uno de los requisitos de la usucapión: “poseer durante el tiempo determinado en la ley”. Y sobre todo es necesario “poseer”....; más adelante añade que «*en contra del tercero, el artículo 1949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria contra tabulas, admitiéndola solo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente; valiendo la posesión anterior solo a los efectos de la prescripción extraordinaria».*

Esta sentencia de la Audiencia Provincial no se plantea siquiera la vigencia del artículo 1949 del Código Civil, pero lo aplica como la norma que debe regular la usucapión ordinaria *contra tabulas*, como hasta entonces había hecho el TS.

Se presenta recurso de casación por los demandados y recurrentes en apelación, por infracción de los artículos 1949 del Código Civil, y 35 y 36 de la Ley Hipotecaria entre otros, al considerar que «la sentencia impugnada ha vulnerado el artículo 1949 del Código Civil al hacer aplicación del mismo frente a una disposición, como las del artículo 36 LH, que resulta incompatible con aquel y que ha de entenderse que lo derogó por ser de fecha posterior».

El Tribunal Supremo, al analizar la cuestión, lo primero que observa es que hay que pronunciarse expresamente sobre la vigencia del artículo 1949 del Código Civil frente al artículo 36 LH, pues es necesario resolver esta cuestión para saber cuál es el artículo que debe aplicarse a estos hechos.

De este modo, el Alto Tribunal fija doctrina en relación con la usucapión *contra tabulas*, declarando que rige lo dispuesto en el artículo 36 LH frente a lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil, pues este último debe considerarse derogado.

Transcribimos sus principales Fundamentos de derecho y argumentaciones.

Fundamento SEGUNDO:

«Pues bien, aun cuando esta Sala ha hecho mención del artículo 1949 del Código Civil en sentencias como las de 28 de febrero de 2001 (RC 2589/1996) y 20 de febrero de 2007 (RC 390/2000), sin descartar su vigencia, lo ha hecho de modo incidental, pues en los casos allí contemplados no dependía de su aplicación el resultado del proceso, lo que no ocurre en el presente ya que la *ratio decidendi* de la sentencia hoy impugnada viene dada precisamente por la aplicación al caso de dicho precepto. Ello conduce a esta Sala a adoptar una posición respecto de su actual vigencia.

Sobre ello consideramos que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la Ley Hipotecaria de 1946, que regula los distintos supuestos de usucapión *contra tabulas*.

La actual redacción del artículo 1949 es la originaria del año 1889 (como precedente directo cabe citar el art. 1946-2.^º del Proyecto de 1851) y en dicho momento la norma estaba perfectamente coordinada con el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869, que se mantuvo en el año 1909, mientras que la redacción actual del artículo 36 de la Ley Hipotecaria —que supone un cambio sustancial— arranca de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y se incorpora al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946.

El anterior artículo 35 de la Ley Hipotecaria disponía que «la prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si este no se halla inscrito. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común».

Bajo dicho régimen, en la usucapición *contra tabulas* frente al dueño del inmueble o derecho, el cual conoce —o puede conocer— que otro está poseyendo para adquirir, regía la legislación común del Código Civil, mientras que si se trata de un tercero hipotecario —que no conocía, ni había de conocer, dicha posesión *ad usucaptionem*— era necesaria la inscripción que pudiera reflejar dicha posesión, lo que resultaba conforme con el texto del artículo 1949 del Código Civil; y ello se trataba de usucapión ordinaria o extraordinaria.

El nuevo artículo 36 de la Ley Hipotecaria (texto vigente desde 1944) contempla dos situaciones distintas y contiene una regulación diferente de la anterior respecto de la prescripción adquisitiva frente al tercero registral; tales situaciones son: 1.^{a)} La usucapición que se produce contra el titular inscrito mientras tiene lugar la posesión *ad usucaptionem*; y 2.^{a)} La que se produce frente al tercer adquirente de ese titular, que reúne las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En el primer caso, la solución viene a coincidir con la del anterior artículo 35 LH, pues se dice ahora que «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la condición de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil»; pero no sucede igual en el segundo supuesto para el que, sin distinción entre usucapión ordinaria y extraordinaria, se contiene una nueva regulación sobre la eficacia de la prescripción adquisitiva en perjuicio de tercero hipotecario, pues ahora no se exige que el usucapiente tenga inscripción alguna a su favor, sino que adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria *ad usucaptionem*. En tal caso prevalece contra el «tercero hipotecario» la prescripción adquisitiva ya consumada en el momento de la adquisición, o que pueda consumarse dentro del año siguiente, en dos supuestos: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo 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; y b) Cuando, fuera del caso anterior, el «tercero hipotecario» consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición.

Se trata, en definitiva, de un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del «tercero hipotecario», que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el artículo 1949 del Código Civil, en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria».

El Tribunal Supremo en este fundamento afirma con rotundidad que el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado por el artículo 36 LH, posterior al mismo, y que es el precepto que debe aplicarse ante un supuesto de usucapión *contra tabulas*, tanto ordinaria (el supuesto al que se refería el art. 1949 CC), como extraordinaria; sin que quepa mantener la vigencia del artículo 1949 del Código Civil para la usucapición *contra tabulas* ordinaria, y el doble régimen que hasta el momento se defendía por parte de la doctrina y por la jurisprudencia, que entendían aplicable y vigente el artículo 1949 del Código Civil para la ordinaria, y el artículo 36 LH para la extraordinaria.

Es de agradecer la claridad del Alto Tribunal, y que confirme la derogación de este artículo, que nació en sintonía con el régimen en anterior pero que, hoy en día, no tiene sentido.

En el Fundamento TERCERO, el Tribunal concluye que no existe usucapión *contra tabulas*, puesto que aplicando el artículo 36 LH, este exige que para que

triunfe la prescripción adquisitiva frente a un titular registral, tercer adquirente, este ha debido conocer la posesión en concepto de dueño del usucapiente. Cuestión esta que no se da, ya que los poseedores lo hacían en concepto de arrendatarios, y como tal los conoció el titular registral. Luego, confirma el TS la sentencia de la Audiencia, en el sentido de que no prospera la usucapición *contra tabulas*, si bien, con un argumento totalmente distinto, puesto que lo que no se cumple es lo previsto en el artículo 36 LH único aplicable a tal supuesto, y no por no cumplirse lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil, ya definitivamente derogado por este.

No queda ninguna duda al respecto, y coincidimos y alabamos la decisión del Alto Tribunal, pues, es lógico conforme a nuestro propio sistema y ordenamiento que así sea: el artículo 1949 del Código Civil hoy en día no tiene vigencia alguna y no puede aplicarse ni siquiera a la usucapición ordinaria *contra tabulas* frente a tercero. Todo queda regulado por el artículo 36 LH, y son los requisitos que el mismo establece los que deben aplicarse. No puede mantenerse hoy en día distinto régimen para la usucapición ordinaria y la extraordinaria, y en consecuencia ya no está vigente el artículo 1949 del Código Civil.

III. CONCLUSIONES

I. Se plantea la cuestión de si el artículo 1949 del Código Civil sigue vigente y debe ser la norma aplicable ante una posible usucapición *contra tabulas*, o por el contrario ha sido derogado por el posterior artículo 36 LH de 1944-46. Cuestión que ha resuelto la reciente STS de 21 de enero de 2014, en el sentido de entender que se ha producido una derogación tácita del mismo por el artículo 36 LH.

II. Entendemos, al igual que el Alto Tribunal, que el artículo 1949 del Código Civil debe entenderse superado y derogado por el posterior artículo 36 LH, y que este debe ser el único aplicable a un supuesto de usucapición *contra tabulas* tanto ordinaria como extraordinaria, como *inter partes*, como frente a terceros, incluyendo por tanto el supuesto típico al que se aplicaba el artículo 1949 del Código Civil: usucapición ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero.

Y esto es así por las siguientes razones:

III. Argumentos históricos. El artículo 1949 del Código Civil se redacta en sintonía con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria del momento (1861 y luego 1869), y con respecto a ella debe entenderse, una vez superada esa redacción por la LH de 1944-46, no encaja ni tiene sentido el artículo 1949 del Código Civil, pensado para un mismo supuesto que antes regulaba la LH de forma distinta.

— El artículo 35 LH de 1861 ya regulaba la posibilidad de usucapir contra un titular registral. En dicho artículo se distinguía la posibilidad de prescribir frente a un mero titular registral, que se rige por lo dispuesto en el Código Civil (usucapición *inter partes*), de la posibilidad de usucapir contra un tercer adquirente de buena fe, que desconocía la posesión del usucapiente (usucapición frente a tercero). En este caso, el artículo 35 exigía que el usucapiente, a su vez, hubiera inscrito su título en el Registro. Si en este artículo se exigía expresamente la inscripción para poder usucapir *contra tabulas* de forma ordinaria —pues tenía título—, puede deducirse que dicho requisito no se exigía para la extraordinaria al no establecerse nada en el precepto. Por lo tanto, ya desde el origen de la LH de 1861: usucapición *contra tabulas* frente a terceros, ordinaria: necesidad de título

inscrito, extraordinaria: deducimos que no es necesario nada. El artículo 1949 del Código Civil no existía, pero confirmaría los requisitos de la propia LH para la prescripción ordinaria *contra tabulas*.

- Con la publicación de la Ley Hipotecaria de 1869, se da una nueva redacción al artículo 35. A partir de este momento el diferente régimen para la usucapición ordinaria y extraordinaria es expreso: para la ordinaria se sigue exigiendo que se tenga inscrito el título, y sin embargo para la extraordinaria («que no requiera justo título»), se añade una nueva exigencia, pues el usucapiente ahora debe tener su posesión inscrita en el Registro.
- Con la publicación del Código Civil en 1889, aparece el artículo 1949 del Código Civil, en perfecta sintonía con lo dispuesto por la LH: se exige, al igual que en el artículo 35 LH que el usucapiente *contra tabulas* tenga inscrito su título de dominio. Hemos de entender que este requisito de la previa inscripción, se aplica solo a la usucapición ordinaria, puesto que en el mismo cuerpo legal, el artículo 1959 del Código Civil, afirma con rotundidad que cabe la usucapición extraordinaria de inmuebles, para la que es suficiente «la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes». Si este precepto admite que puede usucapirse sin título ni buena fe, está admitiendo la usucapición *contra tabulas*, sin más requisitos que el tiempo y la posesión. Luego, el artículo 1959 del Código Civil parece modificar o derogar, de forma tácita, la segunda regla que la LH de 1869 introdujo para este tipo de usucapición: la inscripción de la posesión, pues nada se dice al respecto en el posterior cuerpo legal.
- Con la nueva reforma de la Ley Hipotecaria en 1909, se pretendió adaptar la legislación hipotecaria al recién publicado Código Civil. Sin embargo, el artículo 35 LH se mantuvo con la misma redacción que tenía en 1869, sin modificarse, ni adaptarse a lo dispuesto por los artículos 1949 y 1959 del Código Civil, tal y como acabamos de interpretar y exponer. Esta no modificación de la Ley Hipotecaria en cuanto al régimen de la usucapición *contra tabulas*, volvió a levantar polémica doctrinal, en el sentido de cuestionarse si la nueva Ley Hipotecaria de 1909 había derogado lo dispuesto en el artículo 1959 del Código Civil, exigiéndose, de nuevo, la inscripción de la posesión en el Registro para el usucapiente.
- La doctrina de la época así lo interpretó, entendiendo que si la usucapición extraordinaria no debe exigir título alguno *ex artículo 1959 del Código Civil*, mal se puede exigir este requisito cuando se pretenda contra un titular registral, y que por lo tanto lo establecido en el artículo 1949 del Código Civil no puede aplicarse a la usucapición extraordinaria, teniendo regímenes distintos.
- La jurisprudencia también interpretó de esta forma la relación entre ambos cuerpos legales, inclinándose por la clara aplicación del artículo 1959 del Código Civil ante una prescripción *contra tabulas*, sin necesidad de más requisitos para ello que su propia posesión continuada en el tiempo. Luego, de la evolución histórica del artículo en cuestión, y de la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial de la misma, debemos entender que el artículo 1949 del Código Civil nació al amparo de lo que disponían las anteriores leyes hipotecarias para la usucapición ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero, coincidiendo con estas, y confirmando sus requisitos legales. El conflicto podría persistir en la usucapición extraordinaria, pero no en lo dispuesto del artículo 1949 del Código Civil para la ordinaria. Era

un precepto afin a la legislación hipotecaria que regulaba y confirmaba lo mismo que aquella.

- En 1944-46 se publica la nueva Ley Hipotecaria, que es la que todavía hoy permanece en vigor, y en ella se produce un drástico cambio en la regulación de la usucapición. Aparece el actual artículo 36 LH, que regula la usucapición *contra tabulas* de forma muy distinta a lo que hasta entonces se establecía, se aparta de lo dispuesto hasta entonces por las anteriores leyes hipotecarias, y admite la posibilidad de prescribir contra titular registral que sea tercer adquirente, siempre que este hubiera conocido o hubiera podido conocer la posesión del usucapiente en el momento de la adquisición de la finca inscrita, o durante el siguiente año, sin haber dicho nada, tanto de forma ordinaria como extraordinaria.

La Ley Hipotecaria cambia el régimen de la usucapición *contra tabulas*, tanto de la ordinaria como extraordinaria. ¿Qué pasa, entonces, con el artículo 1949 del Código Civil que establece un régimen distinto al nuevo?

IV. Argumentos doctrinales. Se abre una polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a si el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36 LH o si, por el contrario, permanece vigente para la usucapición ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero. La mayoría de la doctrina encuentra derogado este artículo, al igual que nosotros y eso por los siguientes motivos:

- Los artículos 35 LLHH 1869 y 1909 establecían lo mismo que el actual 1949 del Código Civil para la usucapición ordinaria *contra tabulas*, tal y como se desprende de sus propios antecedentes. Si esto es así, y no hay duda de que el artículo 35 de las anteriores leyes hipotecarias no puede aplicarse en la actualidad, tampoco podrá hacerlo el artículo 1949 del Código Civil. Es cierto que esto supone una no aplicación del artículo 1949 del Código Civil y no su derogación, pero indica tendencia hacia la desaparición del mismo.
- Existe la regla general de derogación tácita de una ley posterior respecto de aquellas materias previamente legisladas que fueran contradictorias con esta. Por lo tanto, la LH de 1944-46 habría derogado tácitamente ese precepto 1949 del Código Civil al oponerse y ser incompatible lo en él regulado con el posterior del artículo 36 LH.
- El tenor literal del artículo 36 LH no diferencia entre la usucapición *contra tabulas* ordinaria y la extraordinaria; luego, si el legislador no distingue, no puede hacerlo el intérprete, pretendiendo que el artículo 1949 del Código Civil se aplique a la ordinaria, y el artículo 36 LH a la extraordinaria. Y si no puede interpretarse así, y el artículo 36 LH se aplica a ambos supuestos, el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado tácitamente por este, al establecer esa regulación incompatible, y para diferentes supuestos.

V. Argumentos jurisprudenciales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante y cambiante. Si bien no entra a analizar la cuestión de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil salvo en escasas resoluciones, en las que sí lo hace, se muestra favorable a su vigencia para la usucapición ordinaria *contra tabulas*. Pero, sin embargo, en otras muchas, y siempre de forma tangencial, podemos deducir la derogación de este artículo 1949 del Código Civil, pues, ante

una usucapación *contra tabulas* acude, en primer lugar, a lo dispuesto en el artículo 36 LH. La polémica continúa, y se hace necesario un aclaración.

VI. Por fin, la STS de 21 de enero de 2014 fija doctrina jurisprudencial afirmando la derogación del artículo 1949 del Código Civil por el artículo 36 LH. Este artículo debe aplicarse a los supuestos de usucapión *contra tabulas* tanto *inter partes* como frente a terceros, ya sea ordinaria como extraordinaria. Por lo tanto, se pone fin a la dualidad de regímenes normativos aplicables según el supuesto de hecho, se clarifica la cuestión, y ya no queda duda de que el artículo 1949 del Código Civil está derogado tácitamente por la ley posterior.

VII. Compartimos la doctrina del Alto Tribunal en esta sentencia y entendemos que es lo más acorde tanto a su evolución legislativa, como conforme con los principios generales de derogación de la Ley posterior deroga la anterior, así como principios más sustantivos y de la práctica, ya que es muy complicado que se dé la situación de dos títulos inscritos que prevé el propio artículo 1949 del Código Civil.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- FENOY PICÓN, N. (2002): «La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.). Vol. 3 (*Derecho Civil, Derechos Reales, Derecho de Familia*), Madrid, Civitas, págs. 3771-3828.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1903): «Comentario al artículo 1949 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, Editorial Reus.
- SERRA CONTRERAS, P. L. (2005): «Apostilla sobre la usucapión *contra tabulas*», en *RCDI*, núm. 689, págs. 873-886.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 17 de diciembre de 1910.
- 29 de octubre de 1915.
- 20 de octubre de 1941.
- 31 de marzo de 1992.
- 19 de julio de 1992.
- 12 de diciembre de 1994.
- 8 de octubre de 1997.
- 30 de octubre de 1998.
- 19 de julio de 1999.
- 28 de febrero de 2001.
- 28 de diciembre de 2001.
- 21 de julio de 2006.
- 20 de febrero de 2007.
- 21 de enero de 2014.

NOTAS

¹ Así lo interpretaron BIENVENIDO OLIVER Y MORRELL Y TERRY, como recoge SERRA CONTRERAS, P. L. (2005) en su artículo: «Apostilla sobre la usucapión *contra tabulas*», en *RCDI*, núm. 689, págs. 873-886.

² En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1903), en sus *Comentarios al Código Civil Español*, al comentar el artículo 1949 del Código Civil. Madrid, Editorial Reus.

³ También recoge la posibilidad de usucapión *contra tabulas inter partes*, en su párrafo 3, remitiéndose en ese caso a la legislación civil.

⁴ Artículo 36 LH: «Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, solo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda darse consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

- a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo 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.
- b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y esta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a), o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si este no la interrumpe en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de este. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero».

⁵ FENOY PICÓN, N. (2002), «La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.). Vol. 3 (*Derecho Civil, Derechos Reales, Derecho de Familia*). Madrid, Civitas, págs. 3771-3828.

⁶ En la primera de ellas, al haber conocido el titular registral la posesión del usucapiente, se cumple lo establecido en el artículo 36.1 LH, y en consecuencia, aplicando este, procede la usucapión *contra tabulas*. En la STS de 8 de octubre de 1997, sin embargo no procede la usucapión *contra tabulas* conforme al artículo 36 LH, porque el titular registral, tercer adquirente, no conoció la posesión en concepto de dueño del usucapiente, pues era un arrendatario, y al faltar el concepto posesorio, no puede consumarse la usucapión. En la STS de 30 de octubre de 1998, se vuelve a admitir la usucapión contra el titular registral, pues este conoció y consintió la posesión del usucapiente conforme a lo establecido en el artículo 36 LH. Por último, la sentencia de 21 de julio de 2006 considera que no prevalece la usucapión *contra tabulas*, pues el titular registral, tercer adquirente, tuvo buena fe y no conoció la posesión contradictoria, no cumpliéndose entonces lo establecido en el artículo 36 LH.