

La prescripción y la seguridad jurídica

por

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Ex Magistrado del Tribunal Supremo

In lege unitas, in opinionibus plena libertas

SUMARIO

I. LA USUCAPIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:

1. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL POR EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA.
2. ACTUALMENTE ES EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA EL QUE RIGE EN MATERIA DE USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS*.
3. SUPUESTOS EN QUE LA «PRESCRIPCIÓN *CONTRA TABULAS*» PERJUDICA AL TERCERO.
4. USUCAPIÓN CONTRA EL TITULAR REGISTRAL QUE NO ES TERCERO.
5. LA PRESCRIPCIÓN *CONTRA TABULAS* Y LAS SERVIDUMBRES.
6. LA SERVIDUMBRE NEGATIVA O NO APARENTE.
7. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ANTERIOR, CONGRUENTE CON EL CÓDIGO CIVIL.
8. USUCAPIÓN *SECUNDUM TABULAS*.
9. USUCAPIÓN LIBERATORIA CONTRARIA AL REGISTRO.
10. LA USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS* QUE SE RIGE POR EL CÓDIGO CIVIL.
11. LA PRESCRIPCIÓN COMENZADA Y LA QUE PUEDE CONSUMARSE DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE A LA ADQUISICIÓN.

II. DERECHO TRANSITORIO:

1. RETROACTIVIDAD FAVORABLE.

III. LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA:

1. DEL DELITO AL DERECHO.
2. FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA.
3. EL TERCERO HIPOTECARIO EN LA PRESCRIPCIÓN.

IV. SUPUESTOS DE PRESCRIPCIÓN NOVEDOSOS:

1. ESPECIALIDADES DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN Y LOS FONDOS DE PENSIONES.

2. LA POSESIÓN DE LAS PARTICIPACIONES.
3. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS.
4. PRESCRIPCIÓN DE LOS DEPÓSITOS Y DE LAS CUENTAS CORRIENTES.
5. EL DEPÓSITO EN ENTIDADES FINANCIERAS Y LAS CUENTAS CORRIENTES PRESCRIBEN A LOS VEINTE AÑOS.
6. EL EJERCICIO DE SU DERECHO DE PROPIEDAD.

La prescripción extraordinaria es un instituto vulnerador de la justicia y de la equidad, que ha sido santificado por los distintos ordenamientos jurídicos en aras de la seguridad jurídica, atropellando con este objeto las necesarias premisas de la justicia conmutativa.

Y es que la prescripción extraordinaria se apoya con harta frecuencia en usurpaciones delictivas que, con increíble taumaturgia jurídica, se metamorfosean en inatacables y respetables derechos, por la circunstancia cómplice de que el delito continuado se haya prolongado durante treinta años.

Evidentemente no siempre ocurre así. Hay ocasiones en las que, por una deficiencia en la titulación, es preciso acumular la larga cronología de la prescripción extraordinaria. En tales casos, esta especie de usucapión ostenta las mismas credenciales que la prescripción ordinaria para merecer el respeto de los juristas y de la jurisprudencia.

La alianza de la prescripción ordinaria con la seguridad jurídica es totalmente ortodoxa. El que adquirió con título y buena fe merece el mismo respeto que el tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En la regulación de la prescripción *contra tabulas* hay una normativa divergente entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. Evidentemente tienen que prevalecer las reglas de esta última por ser más especiales y posteriores en el tiempo. *Lex specialis derogat legi generali*. Y también *Lex posterior derogat anterior*.

Con frecuencia la prescripción araña situaciones de derecho transitorio. Al requerir, para su consumación, el transcurso de prolongados periodos de tiempo, no es raro que durante el dilatado *iter* prescriptivo se haya producido algún cambio legislativo, que demandará la necesaria receta temporal para regular las usucapiones en marcha, todavía no conclusas.

El matriz Código Civil tiene que servirnos de pauta para dilucidar el régimen prescriptivo de las relaciones jurídicas nuevas, que no pudieron siquiera imaginar los venerables codificadores.

A estos aspectos puntuales dedicamos el análisis que sigue. Para un estudio más completo de los distintos vericuetos de la prescripción, recomendamos la lectura de las páginas 637 a 896 del *Comentario del Código Civil*, en las que profundizo en la exégesis de la dogmática de este básico cuerpo legal.

I. LA USUCAPIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Código Civil dedica una parca regulación a esta materia. Es el artículo 1.949, según el cual:

«Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria de 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».

El artículo 1.949 del Código Civil ofrece a los terceros una protección todavía más vigorosa que la del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, si bien restringida a la prescripción ordinaria, en tanto que el precepto hipotecario se refiere a la prescripción adquisitiva en general.

La usucapión ordinaria para prevalecer contra un tercero inscrito no puede ser *contra tabulas*, apoyada exclusivamente en la posesión del bien, sino que, según este artículo 1.949, será una usucapión *secundum tabulas* versus otro dominio que también lo es *secundum tabulas* (el del tercero protegido) y ello porque este artículo exige al prescribiente que también inscriba su título.

El supuesto fáctico del artículo 1.949 del Código Civil es el siguiente: el tercero adquiriente figura como titular registral pero no posee el predio en la realidad y sólo goza de la presunción posesoria establecida por la Ley Hipotecaria; frente a él, un poseedor real, detentador de un título verdadero y válido pero inscrito con posterioridad y por tanto afectado por el principio de prioridad, pretende ampararse en la prescripción para despojar al primer inscrito.

El supuesto es de difícil instalación en la realidad registral, por la dificultad que provoca el principio de tracto sucesivo. Un dueño anterior transmitió al tercero hipotecario y, si su contradictor también ha de inscribir, forzosamente (por exigencias del tracto) ha de adquirir de dicho tercero, por lo cual podría conseguir la inscripción a su favor con la simple presentación de su título y sin tener que esperar a que se convalide con una prescripción innecesaria. Además en este caso no existiría contradicción de titularidades.

Sólo intuimos un caso en el que el artículo 1.949 del Código Civil puede tener lógica: el de doble venta apoyada, a su vez, en una doble inmatriculación, ya que se repetiría la enajenación de una finca, que según el Registro constituye dos fincas independientes.

Se favorece claramente al tercero al desplazar el día inicial de cómputo del plazo prescriptivo desde el día de comienzo de la posesión hasta el momento de la registración del título del usucapiente.

Hay una jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo según la cual en los supuestos de doble inmatriculación se neutralizan los efectos registrales de las inscripciones contradictorias. Ello es lógico: mientras no

se declare cuál de los registros particulares de las fincas (aparentemente diferentes) debe prevalecer, ambos deben beneficiarse de la cobertura de los principios hipotecarios y por ello, estando todos los asientos en pugna protegidos por el principio de veracidad registral es por lo que se anulan, se enervan, se neutralizan los resortes protectores del sistema y debe replegarse de la controversia el Derecho Hipotecario, reservando la resolución del contencioso al Derecho Civil puro y en concreto al artículo 1.473 del Código Civil.

Puede ocurrir que, por una simple adulteración de los linderos de las fincas o por manipulaciones de otro tipo, una misma finca geográfica, una misma superficie real haya provocado un doble reflejo registral, dando lugar a la apertura de dos folios diferentes, como si se tratara de dos inmuebles distintos, cuando en la realidad física se trata de un solo predio. Surge así una discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. Y siempre (salvo que se demuestre la nulidad de la transmisión más pretérita) deberá prevalecer el asiento más antiguo, tanto si la disparidad tabular viene provocada por una doble venta como por cualquier otra causa. Si la duplicidad registral fue producida por una doble venta, porque así lo impone, sin contemplaciones, el artículo 1.473 del Código Civil. Si la dualidad tabular se originó en diferentes momentos transmisivos, porque así lo impone el juego de los principios hipotecarios básicos.

La doble inmatriculación puede surgir por enajenaciones cronológicamente dispares aunque no provengan de una doble venta provocada por un mismo vendedor fraudulento. El artículo 313 de la Ley Hipotecaria es amplio y comprensivo y abarca en su regulación cualquier tipo de supuestos: basta para que entre en juego ese precepto con que un titular inscrito crea que otra inscripción de finca señalada bajo número diferente se refiere al mismo inmueble.

Al neutralizarse los efectos hipotecarios de las inscripciones en pugna, la más antigua no puede refugiarse en el *prior in tempore* registral ni en los otros principios hipotecarios, pues la resolución del problema hay que deferirla al Derecho Civil puro.

Y lo irónico el caso es que la solución civil conecta perfectamente con las exigencias del principio de prioridad. El artículo 1.473 declara, sin paliativos, que la propiedad *pertenecerá* al que antes *la haya inscrito* en el Registro de la Propiedad.

No es la Ley Hipotecaria sino el Código Civil el que impone esta solución.

Así pues, la problemática de la usucapión llamada *contra tabulas* hay que resolverla acudiendo a los pronunciamientos del Derecho Civil puro. Al haberse neutralizado los efectos registrales de los asientos enemigos, no pueden invocarse ni las presunciones del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, ni las reglas del artículo 36 del mismo cuerpo legal. Para resolver la cuestión planteada hay que acudir a la normativa del artículo 1.949 del Código Civil. Este precepto, de gran densidad jurídica, dice literalmente: «Contra un título ins-

crito 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».

En los supuestos habituales de terceros se parte de un encadenamiento de transmisiones sucesivas: A vende a B y B a su vez enajena a favor de C. Este último es tercero con respecto a A, pero no con respecto a B, según la clásica y lúcida definición: el tercero es el adquirente considerado fuera de su condición de parte (ROCA SASTRE).

El caso de la doble venta (infrecuente por fortuna) es muy peculiar y da origen al nacimiento de una tercería registral clara, puesto que se amolda con precisión a los perfiles de la definición del tercero, pero que fluye por carriles diferentes a los tradicionales, ya que para apreciarla no se toman en cuenta lineales ventas sucesivas, generadoras de una cadena de transmitentes y adquirentes, cada uno de los cuales trae causa del que le precede.

En la doble venta, la situación creada, más que lineal, es angular: A vende a B y posteriormente A vende a C. No es (como en los casos cotidianos) que B vende a C, sino que es el mismo A el que enajena dos veces y a favor de diferentes adquirentes. Pero, casi con taumaturgia jurídica, resulta que B y C son terceros entre sí, porque ambos son contratantes con A pero no son parte entre ellos (uno no adquiere del otro) sino oponentes procesales.

Por tanto en la prescripción *contra tabulas*, el tiempo se computará desde la inscripción del segundo título (art. 1.949 del Código Civil).

El artículo 1.949 de Código Civil sería más propio de un cuerpo legal hipotecario, porque representa la máxima protección del tercero, conseguida con un enfoque netamente registral, al exigir que el título del usucapiente esté inscrito. Esta exigencia es congruente con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que protege a los terceros de buena fe con respecto a la situación registral existente cuando ellos adquirieron, aunque después se invalide el derecho de su transmitente «en virtud de *causas* que no consten en el registro». De esta forma si el título del que está poseyendo físicamente se inscribe en el Registro, ya constará *la causa* del posible ataque futuro al tercero en los libros y éste no podrá invocar la protección de la fe pública registral.

El artículo 1.949 afirma que no prosperará la usucapción «contra un título inscrito», pero lo que debe entenderse es que se frena la prescripción frente al dominio inscrito, cuya inscripción dominical propició el título sustantivo.

El tercero no es el titular registral existente en el momento de iniciarse la prescripción, sino el que adquiere de él («el tercero que adquiera de *persona* que en el registro aparezca con facultades para transmitir...», dice el art. 34 de la Ley Hipotecaria).

Como veremos más adelante, el principio de tracto sucesivo dificulta la comprensión del artículo 1.949, ya que para perjudicar al tercero se requiere

«otro título igualmente inscrito». Porque, dado el sistema del folio real, aquel contra el que se prescribe y el prescribiente deberán estar inscritos en la hoja registral de la misma finca y por el principio del tracto uno después de otro. Es difícil imaginar que se esté prescribiendo contra alguien que en alguna forma es causante próximo o remoto del que usucape. Y existiendo título transmisivo e inscripción a favor del usucapiente su titularidad dominical sería inmediata sin necesidad de que la refuerce el paso del tiempo.

El artículo 1.949 del Código Civil exige que estén inscritos tanto el título del tercero como el del prescribiente (lo que casi siempre será imposible por lo que respecta a este último). En la pugna entre estas inscripciones contradictorias, las presunciones posesorias derivadas del Registro (a las que se refiere el art. 38 de la Ley Hipotecaria) se neutralizan recíprocamente, por lo que se hace preciso acudir para regular la controversia a la más específica regulación del artículo 36 de la propia Ley, que admite el que una posesión de hecho, contraria al Registro, pueda prevalecer sobre él en determinados casos.

El artículo 1.949 sólo se refiere a la prescripción ordinaria, la que requiere el concurso de justo título y buena fe, ya que al exigir que también inscriba el usucapiente hace falta el concurso de un título que habilite tal inscripción.

Según las reglas generales del Código Civil se requiere justo título para acceder a la prescripción ordinaria. El artículo 1.949 es más exigente al imponer que el justo título esté inscrito, lo cual resultaría prudente (si no fuese inviable) porque este precepto contempla una prescripción ordinaria especial: la que se produce *contra tabulas*, frente a un tercero inscrito que no posee materialmente los bienes.

En el caso de doble venta y doble inmatriculación (en el que mejor se cumple el art. 1.949), si el prescribiente ha estado varios años sin inscribir su justo título y pretende que su titularidad se imponga frente al tercero inscrito, deberá conseguir la registración de su título y a partir de la fecha del asiento (es decir, varios años después de la adquisición) empezará a contarse el lapso de la prescripción.

Como hemos anticipado más arriba, tanto el que inscribió primero (al que podrá perjudicar la prescripción consumada) como su contradictor (que está usucapiendo) gozan ambos de la presunción posesoria establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, con lo que dichas presunciones se neutralizan y hay que refugiarse, para resolver la controversia entre los oponentes, en la normativa del artículo 36 de la Ley Hipotecaria y en los postulados del Derecho Civil puro, en el sentido de que el prescribiente deberá acreditar que en la realidad física ha poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente durante el decenio exigido por la ley en la usucapación entre presentes.

Tanto según el Derecho Civil como de conformidad con el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, podrá prevalecer, frente al Registro, la posesión real del que está usucapiendo.

La garantía que implica la inscripción del usucapiente, exigida por el artículo 1.949, va encauzada a que la prescripción no pueda perjudicar a tercero si el título del usucapiente no está registrado. Esta garantía no es exigible si la prescripción se opone a un titular inscrito que no tiene la condición de tercero. Todo ello, según las previsiones del Código Civil y sin olvidar que el artículo 1.949 chirría al enfrentarlo con los principios registrales, resultando de muy difícil cumplimiento y sólo en casos excepcionales, ya que en los casos normales ha sido derogado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 1.949 del Código Civil restringe su alcance a la prescripción ordinaria *contra tabulas* y no hace ninguna referencia a la *prescripción extraordinaria* contra el tercero inscrito. En este restringido ámbito de la usucapición extraordinaria, al no existir una normativa discrepante entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria, es preciso concluir que la que rige es esta última por dos razones, una por motivos de especialización y otra temporal:

- a) Por el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*). El Código Civil no contiene ninguna disposición referente a la prescripción extraordinaria *contra tabulas* pues sólo regula esta usucapición frente a un dueño civil y no frente a un tercero hipotecario. Ante esta orfandad de regulación es preciso refugiarse en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que sí regula este aspecto, pues al referirse a la prescripción adquisitiva en general comprende sus dos especies, la ordinaria y la extraordinaria.
- b) Por la virtualidad derogatoria de las normas posteriores en el tiempo (*lex posterior derogat anterior*). Aun en el supuesto de que el Código Civil hubiese regulado de forma diferente a la Ley Hipotecaria la pugna entre la usucapición extraordinaria y la propiedad del tercero registral, también en este supuesto primaría la regulación hipotecaria por ser posterior en el tiempo, de rango legal y con virtualidad derogatoria de la normativa que se le oponga.

1. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL POR EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA

Sostenemos esta derogación con base en las razones siguientes:

- a) Por la inviabilidad del precepto civil en los casos habituales de inscripción a favor de tercero. Ya lo hemos visto: salvo en los casos hipotéticos de dobles ventas respaldadas, a la vez, por una doble inmatriculación, en los que podría tener algún sentido la necesidad de registrar la adquisición del usucapiente, en todos los demás la norma

del artículo 1.949 deviene inaplicable, ya que lo obstaculiza el principio de tracto sucesivo, incidiendo sobre el sistema del folio real. Y ni aun en el caso de doble venta que no esté diseminada en una doble inmatriculación podría tener aplicación el artículo 1.949: porque inscrita una de las ventas se cerraría el registro a la otra que pretende consolidarse con una prescripción adquisitiva; porque lo impide también el principio de prioridad registral; y porque la venta del que usucape tendría que ser otorgada por el tercero inscrito, según exige el principio de tracto sucesivo, lo que resulta ilógico por cuanto el precepto presupone una oposición entre el tercero inscrito y el que posee contra su voluntad.

- b) Por la oposición normativa entre el artículo 1.949 del Código Civil y el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. La incompatibilidad entre ambos es evidente. El supuesto de hecho del que parten es el mismo: un tercer adquirente que inscribe su derecho y un poseedor que pretende adquirir por prescripción. Pero la solución propiciada es discrepante: según el Código Civil, para que pueda triunfar la usucapción es preciso que el prescribiente inscriba su título (lo que, como hemos visto, es imposible registralmente); por el contrario, según la Ley Hipotecaria no se exige (lo que es lógico) tal registración. Al usucapiente sólo se le exige que posea ininterrumpidamente durante todo el tiempo establecido en la ley y que demuestre que el tercero no merece la protección tabular porque no actuó de buena fe, en cuanto conocía la posesión de hecho y a título de dueño por parte de su contradictor o, en su defecto, que pruebe que dicho tercero no se opuso a la posesión contestataria durante el año siguiente a su adquisición.

Las soluciones son discrepantes, incompatibles y por tanto debe prevalecer el artículo 36 de la Ley Hipotecaria por lo expuesto:

1. Porque sería absurdo dar prevalencia a la solución irrealizable hipotecariamente, en detrimento de la que resulta lógica.
2. Porque en el caso de soluciones contrapuestas de dos normas antitéticas, la ley posterior deroga a la anterior: el Código Civil es de 1889 y la Ley Hipotecaria reformada es de 1944.

La usucapción *contra tabulas* puede darse también en el caso de la doble venta normal (no seguida de la imposible inscripción a favor del prescribiente). Estaría prescribiendo el que realizó la segunda compra de un inmueble vendido dos veces, ignorando la existencia de la doble venta (en el caso de la prescripción ordinaria). Poseería con buena fe y justo título (la compra). Podría ocurrir que el propietario contra el que usucape (que vive en el extran-

jero) no haya entrado a poseer el piso, aunque lo hubiere inscrito tras realizar su adquisición, lo que le convirtió en tercero perjudicado.

2. ACTUALMENTE ES EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA EL QUE RIGE EN MATERIA DE USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS*

Según el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, frente a los terceros inscritos «sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva...». «Sólo» es limitativo: la usucapión se antepondrá (prevalecerá) frente al dominio inscrito a favor del tercero «únicamente» en los supuestos que menciona. En cualquier otra situación que no se amolde a los dos únicos casos, la que prevalecerá, incluso frente a una usucapión consumada, será la titularidad registral del tercero, frente al cual la prescripción «no tendrá lugar» (art. 1.949 del Código Civil). Es decir, que la usucapión puede haber completado en el mundo extrarregistral, con lo cual debería provocar una titularidad dominical, pero ese vigor adquisitivo de la prescripción se neutraliza, se desvirtúa por la prevalencia de la inscripción a favor del tercero.

Al que se protege es al tercero existente en el año de la consumación de la prescripción o en el precedente a dicha consumación. No se extiende la protección a terceros hipotecarios históricos, que son meros titulares inscritos antiguos, a los que sí perjudica la *usucapio*. El vendedor del inmueble (que genera la condición de tercero en el comprador) fue (o pudo ser) tercero hipotecario en una transmisión pretérita. Pero a él no se le protege.

Aparentemente frente al tercero sólo puede prevalecer la prescripción ya consumada o la que puede completarse dentro del año siguiente a su adquisición. Es decir, que si falta más tiempo para que la prescripción adquisitiva se consume (dos, tres años...), pese a que casi se haya completado el ciclo temporal, la titularidad tabular del tercero borraría esa posesión adversa de muchos años y se impondría la protección registral del tercero frente a la detentación extrarregistral. Es como si con la inscripción a favor del tercero se interrumpiese la posesión usucapiente. Pero ya veremos que esto no es así.

Es un tanto ingenua la referencia a la usucapión que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición del tercero, sobre todo al considerar que puede prevalecer frente a él. Prevalecerá si no interrumpe la posesión en ese año que falta para que se complete el lapso temporal, porque evidentemente cualquier propietario, esté o no inscrito su título y sea o no tercero hipotecario, puede interrumpir el lapso posesorio y amortizar la prescripción en marcha en tanto en cuanto no se haya consumado el tiempo total previsto por la ley.

3. SUPUESTOS EN QUE LA «PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS» PERJUDICA AL TERCERO

1.º Cuando se demuestra su mala fe.

La demostración incumbe al usucapiente. *Incumbit probatio ei qui dicit*. Si el poseedor «*versus* Registro» alega que el tercero conoció la opuesta posesión de hecho tiene que probarlo, que demostrarlo, como exige el precepto.

Es muy difícil probar que «tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer» esta posesión adversaria, porque sobre todo estos últimos pertenecen al interior de la persona.

«Los medios racionales» pueden sobreentenderse en cualquier persona mínimamente cuidadosa. Es lógico que el que compra un piso o una finca vaya a verlos, descubriendo en tal caso que otro está sobre ella, comportándose como dueño. Es decir, que, en principio, todo adquirente dispone de medios racionales para descubrir la posesión enervadora de sus derechos». Pero, según el artículo 36, habrá de suministrar la prueba de que el tercero dispuso de tales medios racionales de conocimiento, que deberán ser más concretos que la abstracta posibilidad del mismo para llegar a ese conocimiento.

«Antes de perfeccionar su adquisición». Si se prueba que el tercero inscrito conoció antes de perfeccionar el contrato (concurso de los elementos esenciales) que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente, en ese caso prevalecerá la propiedad adquirida por el usucapiente a golpe de posesión reiterada frente a la propiedad tabular adquirida por el tercero con base en los datos registrales.

Porque ese conocimiento le priva al tercero de uno de los requisitos indispensables para la protección de la fe pública registral: la buena fe. Si sabiendo que el derecho está siendo poseído fácticamente por otra persona, se empecina en adquirir de quien no está poseyendo, se expone a perder su adquisición y ya no podrá oponer frente al usucapiente que desconocía la inexactitud registral porque habrá perdido la buena fe, inherente a la ignorancia del vicio de su título adquisitivo.

Si el conocimiento de esa posesión contradictoria lo hubiese adquirido el tercero «después de perfeccionar su adquisición» ya no puede prevalecer la usucapción consumada en su contra, porque la buena fe se requiere en el momento de adquirir. La pérdida de la virginidad cognoscitiva con posterioridad a la compra no puede perjudicarlo. Y si él tenía buena fe al adquirir, la protección del sistema acarrea que se destruya la usucapción consumada, por cuanto sobre una misma cosa no pueden recaer dos propiedades contrapuestas y porque en este caso no prevalece la usucapción.

La posesión que puede debelar a la inscripción del tercero ha de ser una *posesión de hecho*, real, tangible, una posesión física capaz de vencer a la posesión presunta que el Registro atribuye a todo titular inscrito.

2.º Cuando no habiendo conocido ni podido conocer la posesión al *tiempo* de adquirir, la consienta durante el año siguiente a la adquisición.

En caso de polémica, judicial o extrajudicial, sobre la veracidad del desconocimiento de la situación posesoria, la carga de la prueba debería corresponder, en este caso, al tercero registral que es el que sostendrá que ni conoció ni pudo conocer esta situación de hecho. Pero legalmente no es así, porque el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige que el usucapiente demuestre ese conocimiento por parte del tercero.

Por lo tanto si el tercero, a lo largo del año subsiguiente a la compra, se opone a esta posesión de hecho, destruirá la usucapición aunque estuviese consumada cuando él adquirió. Le basta con no consentir la prescripción conseguida para que ésta se pulverice, provocando la pérdida de la propiedad usucapida, como resultado de la protección registral.

Como decíamos anteriormente, lo que importa es que el tercero registral ignore la contradictoria posesión de hecho al tiempo de adquirir. Que luego va a conocer esa posesión que se le opone es evidente: la prueba de ello será su oposición expresa o tácita a la misma. Para consentir o no consentir en algo es preciso conocerlo.

No conocería ni podría conocer si, por ejemplo, en el momento de la compra (realizada por correspondencia) estuviese desterrado o confinado en una localidad alejada del sitio en que radica la finca comprada.

Puede haber consentimiento (que consolida la posición triunfante del que usucape) expreso y documentado o manifestado ante testigos y también consentimiento tácito, deducido de hechos concluyentes del tercero.

Si cuando compró el tercero faltaba un año para que se consumase la prescripción, éste podrá interrumpirla tranquilamente mediante cualquier reclamación sin que este acto obstativo constituya ninguna especialidad, ya que la interrupción es posible mientras no se haya completado el ciclo temporal de la usucapición. Con esta interrupción se desmoronan los tiempos transcurridos de la posesión.

Si la usucapición ya estaba consumada cuando adquirió el tercero, ya no se puede hablar de interrupción, pues esta figura sólo puede afectar a la usucapición que se está gestando, pero no a la que ya está conseguida. En este caso, la oposición del tercero no interrumpe una prescripción en marcha, sino que enerva una adquisición dominical alcanzada con la ayuda del tiempo, a la que destruye por imperativo legal.

4. USUCAPIÓN CONTRA EL TITULAR REGISTRAL QUE NO ES TERCERO

La usucapición consumada prevalecerá siempre frente al dueño inscrito que no tenga la condición de tercero, porque con respecto a él y a sus sucesores

el proceso prescriptivo se regula por la legislación civil y no existe la protección ni del artículo 36 de la Ley Hipotecaria (que es una ley de terceros) ni del artículo 1.949 del Código Civil, que se esmeran en garantizar los efectos de la fe pública registral.

En cuanto a la usucapión comenzada o la que está a punto de consumarse, ambas podrán afectar al titular registral que no sea tercero si éste las consiente, pero bastará que realice un acto interruptivo para que se desvanezca todo el tinglado de la prescripción, porque así lo establece el Derecho Civil.

Las reglas del artículo 36 de la Ley Hipotecaria sólo pretenden proteger a quienes reúnan la condición de terceros hipotecarios. Si el titular inscrito no es un tercero protegido, porque es la misma persona contra la que se inició la posesión adversa sin que se haya interferido en el conflicto ninguna transmisión de la propiedad inscrita, la perjudicará la usucapión contraria en las condiciones normales del Derecho Civil.

Tampoco están especialmente protegidos los herederos inscritos del titular registral contra el que se inició la prescripción adversa, porque no reúnen la condición de terceros al no haber adquirido a título oneroso (cfr. art. 34 de la Ley Hipotecaria).

Si se dan las condiciones exigidas por el artículo 36, la prescripción *contra tabulas* prevalecerá contra el tercero hipotecario, aunque reúna todos los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Esto constituye una clara excepción al principio de la fe pública registral; ya que según dicho principio el tercero será mantenido en su adquisición «aunque después se anule o resuelva el derecho... en virtud de *causas que no consten* en el Registro». Y evidentemente la posesión contraria del usucapiente no consta en el Registro, porque la posesión no es inscribible y, si lo fuese, porque lo obstaculizan los principios hipotecarios, sobre todo el de tracto sucesivo.

Si para el término de la prescripción faltasen dos, tres, cuatro, seis o más años... el usucapiente estará desvalido frente al tercero de buena fe (1). Ya que, según este artículo 36, la prevalencia posible de la situación fáctica frente al registro se restringe exclusivamente a la prescripción completada o a la que pueda consumarse dentro del año siguiente a la fecha de la adquisición del tercero protegido. Frente a la usucapión que pudiera consumarse dentro de varios años prevalecerá con toda su fuerza el régimen del artículo 34 y el tercero quedará indemne frente a la posesión *contra tabulas* con sólo interrumpirla.

Prevalecerá la usucapión frente al registro si se demuestra que el tercero adquirente conoció previamente la adversa posesión a título de dueño; ese conocimiento enerva la posible buena fe del tercero y esto le hace perder la protección del sistema, reservada a los terceros de buena fe (art. 34).

(1) Que podrá interrumpir la posesión adversa en cualquier momento.

Ese conocimiento, que amortiza la buena fe del tercero, ha de ser previo a su titularidad registral. Así lo expresa el artículo 36: es necesario probar que conoció «antes de perfeccionar su adquisición». Si el conocimiento de la posesión contraria lo tuviese después de perfeccionada la venta y aunque la usucapción estuviese consumada, ésta no le podrá perjudicar porque, al ser un tercero de buena fe (en el momento de la compra), no le afectan las situaciones no inscritas.

El que usucape contra el tercero inscrito acumula dos posesiones jurídicas. Su inscripción conlleva la presunción de posesión (una de las facultades ínsitas en el dominio que se le transmitió) y además se robustece esta posesión presunta por una posesión real, tangible, física, ingrediente necesario para lograr la usucapción.

Si nos enfrentamos a una prescripción ordinaria, el usucapiente ha de poseer con buena fe y justo título. La buena fe, en un enfoque positivo, consiste en una creencia; desde el lado negativo será una ignorancia: el desconocimiento de que el que le transmitió la finca no era dueño de ella.

El poseedor debe creer también que quien le vendió «podía transmitir el dominio»; esto ocurrirá si su titularidad era diáfana, sin trabas que estableciesen, por ejemplo, una prohibición de disponer o si no estaba afecto por una incapacidad transitiva u otra limitación análoga.

Será justo título, *v. gr.*, una compraventa, que es un título traslativo del dominio y que legalmente basta para transferirlo. Y se exige que el título sea justo en armonía con la buena fe que requiere la posesión vocada al dominio.

5. LA PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS Y LAS SERVIDUMBRES

El artículo 36, después de referirse a la usucapción dominical, contempla el supuesto de la prescripción adquisitiva de las servidumbres realizada contra el registro.

Para situarnos ante el problema, el legislador utiliza una expresión poco afortunada: «cuando la prescripción *afecte*»... En lenguaje registral una «afectación» es una carga o gravamen. En este sentido «afecta» a una servidumbre cualquier carga impuesta sobre ella y por ello la expresión legal pudiera inducir a confusión. El precepto sería más claro si dijera: «Cuando se esté adquiriendo por prescripción una servidumbre...».

La norma del artículo 36 parece presuponer una oposición: que la prescripción se refiera a una servidumbre negativa o a una servidumbre no aparente. Pero lo cierto es que no existe tal oposición, ya que pudiera acontecer que una misma persona estuviese adquiriendo contra un titular inscrito dos o más servidumbres. Por ejemplo, una servidumbre negativa de no edificar a una cierta distancia del predio vecino y además otra servidumbre no aparente de paso de aguas fecales.

«...Una servidumbre que pudiera adquirirse por prescripción». Ya el Código Civil, en su artículo 539 nos dice qué servidumbres pueden adquirirse por prescripción y cuáles necesitan forzosamente un título constitutivo. Por tanto, si la servidumbre que comienza a detentarse contra el titular inscrito pertenece al primer grupo «podrá adquirirse por prescripción». No se trata de algo condicional, como parece sugerir la norma.

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria pergeña un supuesto de usucapión de servidumbre *contra tabulas*, cuya hipótesis es ésta: el dueño de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad tiene que soportar la servidumbre *adquirida* de contrario por prescripción (consumada por el dueño del predio dominante). La finca registrada se convierte así en predio sirviente.

Evidentemente se trata de una solución *contra tabulas*, favorecida por el imperio de la Ley Hipotecaria, ya que si no existiese el párrafo que comentamos del artículo 36, el dueño del predio sirviente podría desconocer la pretendida servidumbre en virtud del principio de que «lo que no está en el Registro no está en el mundo».

En efecto. Según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria los derechos que no constan inscritos no perjudican a tercero. Pero la registración de la servidumbre resulta imposible, porque tendría que constituirse voluntariamente el titular del predio sirviente e inscribirse en el folio registral de su finca. Y es que, por exigencias del principio de especialidad, para que una servidumbre grave una finca, es preciso que conste como gravamen en la inscripción del predio sirviente (art. 36 de la Ley Hipotecaria), siendo ésta una posibilidad obstaculizada por el propietario contra el que se prescribe.

Por ello, constituye una excepción al sistema el que una servidumbre no inscrita (que se desenvuelve en la realidad jurídica extrarregistral) pueda perjudicar a tercero (el dueño del predio sirviente).

Es preciso relacionar el artículo 36 de la Ley Hipotecaria con el 539 del Código Civil para saber qué servidumbres pueden adquirirse por prescripción. Según este último precepto las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas sólo pueden adquirirse en virtud de título.

Es lógico que las servidumbres discontinuas no puedan adquirirse por prescripción; porque, aunque se estuvieran detentando, adolecerían del requisito de la posesión no interrumpida, que es imprescindible para que se produzca la usucapión. Evidentemente, al ser la servidumbre discontinua, entre uso y uso se interrumpe la posesión.

Si la servidumbre es discontinua y no aparente, faltarían dos requisitos en la posesión: la publicidad y la no interrupción.

Esas servidumbres no usucapibles, según el artículo 539 necesitan de un título constitutivo. Por tanto son totalmente incompatibles con la prescripción extraordinaria, que no necesita ni de título ni de buena fe.

Por el contrario, podrían servir de base para una prescripción ordinaria si el título en el que se apoyan necesitara del refrendo del tiempo por haber adquirido de un dueño aparente. Esto último desde un punto de vista teórico.

El artículo 36 prevé que una servidumbre no aparente pueda adquirirse por prescripción. Creo que es desacertada esta previsión. Si es no aparente, la posesión no será pública y faltará un requisito imprescindible para la usucapión. Si la posesión no es visible, externa, si no se posee con publicidad, no debiera adquirirse por prescripción.

El plazo del año durante el cual el tercero puede oponerse a la contraria posesión de hecho del usucapiente no se computa desde el momento de la compra realizada por aquél (como ocurre tratándose de la prescripción dominical), sino desde (*dies a quo*) que el adquirente del predio sirviente (el tercero) «pudo conocer la existencia de la servidumbre» (ya que al ser negativa o no aparente no es fácil detectarla porque por su carácter sigiloso no herirá forzosamente los sentidos) o en su defecto (si todavía no ha conseguido apreciar la realidad de la servidumbre) «desde que se produzca un acto obstativo a la libertad del predio sirviente». Puede que el tercero que adquirió la finca gravada por la servidumbre usucapida no se haya percatado de su existencia, pero, evidentemente, no podrá desconocer el acto obstaculizador de su libertad predial.

Es prudente esta regla del artículo 36. Sería arriesgado computar el año desde que se perfeccionó la adquisición del tercero si la servidumbre puede pasar desapercibida. A efectos probatorios será este tercero el que tendrá que demostrar cuál fue el momento en el que pudo conocer la existencia de la servidumbre que puede perjudicarle.

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria, a diferencia del artículo 1.949 del Código Civil, regula la prescripción extraordinaria en perjuicio de tercero. Ello presupone que entre el usucapiente y el titular inscrito contra el que se inicia la prescripción *contra tabulas* existe una relación jurídica, a la que es extraño el adquirente posterior, es decir el *tercero* hipotecario. Se trata de una extraña y antijurídica relación de la que son *partes* el usurpador y el titular inscrito: en realidad están vinculados por una verdadera obligación legal, pues según el artículo 1.089 del Código Civil las obligaciones nacen de los actos y omisiones ilícitos (entre otras fuentes posibles). Ilícita es la usurpación; el usurpador es un delincuente que tiene obligación de restituir y de indemnizar daños y perjuicios (responsabilidad civil específica nacida del delito).

Esa obligación indemnizatoria es la que crea el vínculo entre las partes: el ofensor y el agraviado. Y con respecto a ellos, el nuevo titular es un tercero: a él se adapta la luminosa definición de ROCA SASTRE: ese tercero es el adquirente considerado fuera de su condición de parte. Porque el comprador es parte con respecto al vendedor (titular registral que le transmite), pero es tercero con respecto al usurpador, al que es obligacionalmente ajeno.

Al exigir el artículo 1.949 del Código Civil con respecto a la usucapión ordinaria, para perjudicar a tercero, que el título contradictorio esté inscrito, guarda armonía con lo establecido, con carácter general, en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria según el cual «los títulos de dominio (por ejemplo, la titularidad dominical adquirida por prescripción) o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que *no* estén debidamente *inscritos* o anotados en el Registro de la Propiedad *no perjudican* a tercero». Por ello, la usucapión *no inscrita* no podría debelar la propiedad del tercero hipotecario. Aunque la lógica temporal parece exigir que la titularidad contradictoria del que usucape precediese a la adquisición del tercero para poder oponérsele. Sin embargo el artículo 1.949 presupone que el título posterior es el del usucapiente. Esta dogmática sólo es aplicable a la usucapión ordinaria.

En relación directa con el artículo 1.949 está el artículo 462 del propio Código, que transcribimos literalmente:

«Artículo 462. La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

Este artículo 462 del Código se refiere a la posesión de los derechos reales. Pese a la generalidad de la fórmula empleada, debe entenderse consuetudinaria la expresión a los «derechos reales» inmobiliarios, que son los regulados y protegidos por la legislación hipotecaria. También las cosas inmuebles (identificables directamente con el derecho de propiedad) representan un supuesto de derechos reales inmobiliarios.

La posesión «no se entenderá perdida» para el propietario anterior (lo que, desde el enfoque recíproco y contrapuesto que demanda la ambivalencia de la prescripción, equivale a decir que «no se entenderá ganada» para el usucapiente) si no es con sujeción a la preceptiva hipotecaria.

«...No se entenderá transmitida para los efectos de la prescripción.» Este inciso debe referirse a la prescripción ordinaria, que presupone la existencia de un título adquisitivo, porque, si se ha producido una transmisión o enajenación, es señal de que ha mediado un título.

La limitación que representa el establecer criterios restrictivos para la pérdida de la posesión sólo actúa «en beneficio de tercero», con lo que resulta evidente que con respecto al titular inscrito que no reúna la condición de tercero frente al cual se ha iniciado la posesión adversa, no se tienen presentes las ventajas de la Ley Hipotecaria, sino que la cuestión se regirá por los criterios del Derecho Civil puro. Y precisamente con respecto a este titular registral que no es el tercero del artículo 1.949 del Código Civil se desprende que la posesión presunta de este dueño registral (con virtualidad *juris tantum*) se retrocede y perece frente a la posesión real del prescribiente, siempre que esta detentación contraria dure más de un año.

El propietario no detentador puede perder la posesión real, pero no el dominio de una forma inmediata, porque el prescribiente para adquirir el dominio necesita que su opuesta posesión se prolongue durante diez, veinte o treinta años. Entre tanto es el dueño contra el que se prescribe el que puede reivindicar su dominio (pues es el único propietario en la controversia posesoria). Y al recuperar su propiedad recuperará también la posesión perdida, ya que una de las facultades integradoras de la propiedad plena es el *jus possidendi*.

En el Derecho italiano se exige para que pueda consumarse la usucapción ordinaria de inmuebles que el título del usucapiente sea registrado. Nuestro sistema regula en el artículo 1.949 la prescripción ordinaria *contra tabulas* con una dogmática más contemporizadora, en la línea ya trazada por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Se contempla en él un supuesto de doble inscripción.

La posesión la adquiere el que usucape y la *pierde* el *verus dominus*. Y esta pérdida de la posesión se rige, en principio, por las normas generales del Código Civil, es decir, por el artículo 460 de dicho texto legal. Pero cuando se trata de proteger a un tercero hipotecario, la regulación civil cede el protagonismo a la Ley Hipotecaria y la pérdida de la posesión sólo se produce en los especialísimos supuestos contemplados por el artículo 36 de dicha Ley.

Este último precepto se refiere a la prescripción consumada (con lo que el dueño anterior no sólo perdería la posesión sino también el dominio) o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición por el tercero. Y dicha usucapción, ya cumplida o a punto de cumplirse, prevalecerá frente al tercero hipotecario en uno de estos casos:

- a) Si se demuestra que el tercero adquirente conoció o pudo conocer que la finca esta *poseída* de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
- b) Si este tercero inscrito consiente la *posesión* del usucapiente durante todo el año siguiente a su adquisición.

En estos dos supuestos establecidos por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, el tercero registral *perderá* la posesión (y también el dominio que adquiera el usucapiente).

Fuera de estos dos supuestos, al tercero hipotecario no le afectan los casos normales de pérdida de la posesión regulados en el artículo 460 del Código Civil, que quedan relegados a los conflictos civiles. Porque el titular registral goza de la protección hipotecaria y en su favor se presume que *ha poseído* pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia de su asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.

Este juego enervador de posibles posesiones en conflicto es el que establece, en términos un tanto oscuros, el artículo 462 del Código Civil.

Según este precepto: «la *posesión* de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entenderá *perdida*, ni transmitida, para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

«No se *entenderá* perdida...» Éste es el matiz hipotecario. De hecho, la posesión fáctica se puede haber perdido en la realidad. Pero de derecho esta ausencia de *habeas* no tiene trascendencia porque «no se *entenderá* (tono imperativo) perdida».

«Para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero.» Es decir, que el artificio de que legalmente no se entienda perdida una posesión que, de hecho, sí se ha perdido, sólo funciona en el limitado ámbito de la prescripción *contra tabulas*. Y como esta norma excepcional debe ser interpretada restrictivamente es preciso concluir que «a otros efectos» la posesión que no se ejerce sí se entenderá perdida o transmitida.

¿No sería útil establecer una normativa similar para los bienes muebles de elevado valor, sujetos a inscripción en registros jurídicos (buques, aeronaves...)?

6. LA SERVIDUMBRE NEGATIVA O NO APARENTE

La letra *b*) del artículo 36 de la Ley Hipotecaria contempla el supuesto de que se esté usucapiendo una servidumbre de este tipo oponible al tercer adquirente del predio sirviente. Este caso entronca más difícilmente con los planteamientos del legislador, porque es evidente que el tercero que adquiere el predio sirviente no puede consentir, ni dejar de consentir, la posesión de hecho que está ejerciendo el usucapiente sobre el predio dominante. El tercero *posee* tabularmente el predio sirviente y el que usucape *posee* física y realmente el predio dominante.

Surgirán, a favor de una misma persona, dos usucapiones distintas: la adquisición dominical del predio dominante y la adquisición del derecho de servidumbre frente al predio sirviente. Y en ambos casos, las personas frente a las que se está prescribiendo serán terceros hipotecarios si les es aplicable el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

En este caso el plazo del año necesario para que la usucapición pueda prevalecer frente a los terceros registrales que hayan consentido la posesión adversa se contará desde que el titular del predio sirviente pudo conocer la existencia de la servidumbre, siempre antes de perfeccionar su adquisición conforme establece el apartado *a*) de este artículo 36. Pero existe aquí una contradicción. Porque la letra *b*) del artículo 36 se refiere a la letra *a*) en el caso de las servidumbres y estos dos párrafos *a*) y *b*) no son entremezclables, ya que el *a*) se refiere al adquirente que conoció, antes de adquirir, la

posesión del usucapiente; y el *b)* parte del supuesto contrario, de que no se hubiese podido conocer esa *possessio ad usucapionem*.

Este artículo 36 contiene otra regla que, contemplada desde la perspectiva del derecho común, resulta extravagante y antinómica; dice así: «Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o *no aparente*, y ésta pueda adquirirse por prescripción...».

Los artículos 537 y 539 del Código Civil ofrecen un panorama diferente: las servidumbres continuas y *aparentes* pueden adquirirse por prescripción de veinte años; las continuas y *no aparentes* y las discontinuas, sean o *no aparentes*, sólo pueden adquirirse en virtud de título: en suma, bajo el régimen del Código Civil no pueden usucapirse las servidumbres *no aparentes*. Pero la Ley Hipotecaria es aplicable también en los territorios forales, en los que pueden usucapirse tales servidumbres; así le queda al artículo 36 una legitimación residual.

El plazo del año de que dispone el tercero dominical para oponerse a la servidumbre negativa o no aparente, que se está usucapiendo para limitar su señorío absoluto, se cuenta desde que este titular inscrito pudo conocer la existencia del gravamen o, en su defecto, desde que el dueño del predio dominante realizó un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

Hay una impropiedad de redacción en este inciso del artículo 36, cuya laxitud enunciativa puede inducir a confusión: «cuando la prescripción *afecte* a una servidumbre...». La palabra *afección* tiene un significado equivalente a carga o gravamen. Cualquier servidumbre afecta al dominio, puesto que lo grava. Por ello afectar a una servidumbre sería perjudicarla, por ejemplo, porque se estaba consumando una prescripción extintiva de ella y en el supuesto contemplado por el párrafo letra *b)* del artículo 36 lo que ocurre es todo lo contrario, que se está adquiriendo una servidumbre por usucapición.

Prudentemente desplaza el artículo 36 el *dies a quo* del plazo del año, que se concede al adquirente para enervar la usucapición hostil, desde el día de su adquisición *hasta* el momento en que *pudo conocer* la existencia de las servidumbres *no aparentes*. Es una previsión lógica: si el gravamen *no aparece*, no es visible a primera vista, sólo queda la posibilidad de oponerse a él en el instante en que se advierta su existencia.

Y si la servidumbre es *negativa*, el dueño del predio sirviente sobre el que se ha usucapido el gravamen tendrá noticia de su existencia cuando quien ha adquirido por prescripción el predio dominante le *niegue* la realización de lo que podría hacer sin la existencia de la servidumbre, es decir, que el año impeditivo se contará desde que se produzca el acto obstativo a la libertad del predio sirviente, al que alude, con evidente expresividad, este artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria presenta el supuesto de adquisición o extinción de las servidumbres por prescripción como si pudiera tener au-

tonomía jurídica. Pero no es así. La servidumbre será objeto de usucapión o de prescripción extintiva no de una forma aislada, sino en un necesario tandem jurídico con el predio dominante o sirviente del que constituye un anejo inseparable. Para advertirlo basta con recordar la definición de nuestro Código Civil: «La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño» (art. 530). La servidumbre, a diferencia de otros derechos reales, requiere siempre la existencia de dos fundos: un predio dominante (titular del derecho real) y un predio sirviente (que soporta el gravamen). En los otros derechos reales no ocurre lo mismo; en ellos, el derecho real limitado agota sus posibilidades sobre una sola finca; por ejemplo, el usufructo de un piso, la hipoteca de una explotación agraria...

La carga de la prueba de que el tercero conocía la posesión del usucapiente le corresponde a éste, pues, como dice el artículo 36, tiene que *demonstrar* que el tercero adquirente tenía dicho conocimiento.

El párrafo *b)* del artículo 36 referente a las servidumbres contempla la modalidad de la «usucapión *contra tabulas*. Por tanto, supone la existencia de un usucapiente de un predio dominante frente a un tercer adquirente del predio sirviente, fundo que soportaría, normalmente, una servidumbre constituida en virtud de un título expreso a favor del predio dominante.

El usucapiente pretende consumir una doble adquisición: la propiedad del predio dominante usucapido y la servidumbre sobre el predio sirviente y en ambos casos enfrentándose a terceros registrales normalmente.

Por existir un tercero adquirente del predio sirviente es por lo que, para poder usucapir la servidumbre, necesita el poseedor real efectuar un acto obstativo a la libertad del predio sirviente o demostrar que quien lo adquirió conocía la existencia de la servidumbre al tiempo de consumir su adquisición.

7. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ANTERIOR, CONGRUENTE CON EL CÓDIGO CIVIL

La Ley Hipotecaria de 1944 ha sido más restrictiva en la protección de los terceros que el Código Civil, lo cual no deja de ser paradójico. Esta opinión se confirma con sólo comparar los artículos 462 y 1.949 del Código Civil (en alguna forma también el 1.959) con el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

Y es que los preceptos invocados del Código Civil eran congruentes con la normativa de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, más decantada que la actual hacia la protección del tercero hipotecario. Por ello el artículo 1.949 exigía para la usucapión ordinaria *contra tabulas* que el derecho del usucapiente estuviese también inscrito, ya que lo inscrito puede perjudicar al tercero de buena fe (art. 32 de la Ley Hipotecaria *a sensu contrario*). En cam-

bio, según este mismo artículo 32, los derechos reales que no estén inscritos no perjudican a tercero. Por ello, una *possessio ad usucapionem* no registrada no podía afectar al tercero protegido que, legítimamente, podía ignorarla y, por ello, la única posesión que podía tomarse en cuenta sería la suya, aunque fuese un tanto virtual por exigencias de lo establecido en el artículo 38 de Ley Hipotecaria («se presume que quien tiene inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos»). El artículo 606 del Código Civil también establece que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén inscritos en el Registro no perjudican a tercero.

También existían garantías frente a la prescripción extraordinaria en aquella antañona (aunque progresiva ley, al menos en el aspecto referente a la prescripción). El usucapiente-usurpador había de tener, al menos, inscrita su posesión, ya que, de momento, no tenía ningún otro derecho. Y por tener registrada la posesión es por lo que (art. 32 de la Ley Hipotecaria) podía, en su momento, llegar a perjudicar al propietario abúlico. El régimen legal ha cambiado y ya no es inscribible la mera posesión.

Este régimen hipotecario era el que daba sentido a los mencionados artículos del Código Civil y concretamente al artículo 462.

Este precepto, que hoy podría parecer carente de sentido, estaba plenamente justificado en 1989. Literalmente dice:

«La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida para los efectos de la *prescripción en perjuicio de tercero*, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

En el orden civil puro la posesión se pierde, entre otras causas, por una posesión ajena que dure más de un año (por ejemplo, la del usucapiente). Sin embargo, la especialidad registral patentada por la Ley Hipotecaria de 1861 requería que la posesión del usucapiente estuviese inscrita para poder vencer la posesión virtual del dueño usucapido. Se neutralizaban las posesiones virtuales contradictorias y por ello podía triunfar la posesión real del usucapiente, que actuaba con un valor añadido.

Con la Ley Hipotecaria de 1944 se produce un retroceso en este punto. Porque, en varios aspectos, el legislador específico olvida las premisas de la protección de la fe pública registral (lo cual es imperdonable) y desciende a los ámbitos del Derecho Civil puro más hostil al mantenimiento del dominio y demás derechos reales.

Que el legislador se ha equivocado al desproteger, en este aspecto, a los terceros hipotecarios, nos lo demuestran las legislaciones hipotecarias más técnicas, como la alemana y la suiza.

En Alemania está muy dificultada la prescripción *contra tabulas* de fincas o derechos inscritos a nombre del verdadero propietario.

No obstante, la usucapión consumada de bienes inscritos puede tener acceso a los libros previo un procedimiento intimatorio de caducidad cuando el titular registral ha desaparecido o ha muerto, sin que dentro de los treinta años últimos se haya practicado ninguna inscripción que requiera su consentimiento. Con la sentencia de caducidad la finca es declarada cosa *nullius*, adquirible por el usucapiente.

En el Derecho alemán, las acciones derivadas de derechos inscritos no prescriben.

Si el sistema español fuese consecuente con sus premisas (se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular y que el que tiene inscrito el dominio tiene también la posesión, art. 38 de la Ley Hipotecaria) tampoco prescribirían en nuestro Derecho.

Es extraña la complacencia y benevolencia del legislador para con la usucapión que, en algunos casos (como en el supuesto de la prescripción extraordinaria), implica una verdadera agresión a la justicia. En este artículo 36 se enuncia la subsistencia de los derechos carentes de contacto posesorio frente a una prescripción adquisitiva triunfante, como si se tratase de un privilegio concedido, por ejemplo a los acreedores hipotecarios. Y no deja de extrañar esta postura, pretendidamente favorecedora, de la *mens legislatoris*.

En verdad no se trata de un privilegio, sino de una confirmación. Por definición los derechos reales sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre los que se imponen y les afectan cualquiera que en cada momento sea su poseedor. Y si una finca hipotecada o gravada con un usufructo se transmite, el gravamen subsiste pese al cambio de propietario del bien gravado.

Si esto es así en los cambios gravosos del titular del inmueble afectado, que adquiere a título oneroso (es decir, a costa de un sacrificio económico) y de buena fe, resulta del todo ilógico que se imponga el mismo régimen a quien en muchos casos (supuesto de la prescripción extraordinaria) logra una propiedad ajena con astucia, mala fe y sin ninguna contraprestación económica por su parte.

Es normal que subsistan, pese a la usucapión triunfante, los derechos que no suponen la facultad de inmediato disfrute sobre el bien gravado, porque tales derechos (por ejemplo, la hipoteca) no generan una presencia fáctica, ostensible y apreciable por los sentidos sobre el predio afectado, sino que su existencia es virtual, queda reducida en los folios registrales y sólo puede advertirse solicitando la publicidad inmobiliaria. Al carecer de contacto posesorio no pueden colisionar con la tendencia del usucapiente, que puede realizar con total libertad sus actitudes dominicales.

8. USUCAPIÓN *SECUNDUM TABULAS*

El artículo 35 de la Ley Hipotecaria trata de beneficiar al titular inscrito (aunque no sea tercero) con una protección vigorosa.

Dice este precepto:

«A los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, será justo título la inscripción y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

«Será justo título la inscripción». Con que el usucapiente esté registrado no hay que buscar más justificaciones. Este privilegio tiene sentido; para que un derecho acceda al Registro habrá tenido, normalmente, que presentarse en la oficina un título sustantivo documental. Y es más sencillo aportar una certificación del Registro que buscar el título.

Y se acumulan las presunciones posesorias.

Este artículo 35 viene a modificar el inciso final del artículo 1.949 del Código Civil con una mayor elasticidad temporal. Según el artículo 1.949, el plazo de la prescripción se cuenta «desde la inscripción del usucapiente» (con lo que éste debería acumular registralmente los diez o los veinte años exigidos, según los casos).

El artículo 35 es más flexible, aunque sólo presuntivamente se le reconoce al titular inscrito una posesión hábil para usucapir no sólo desde que él inscribió su adquisición, sino desde que registraron sus títulos sus antecesores. Así podría él haber figurado como dueño tabular sólo tres meses y no obstante consumir a su favor una prescripción de veinte años, si sus transferentes habían figurado como sujetos registrales durante diecinueve años y nueve meses.

Pero la discrepancia es más aparente que real porque, según el artículo 1.960 del Código Civil, el poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante.

En realidad, el justo título será el documento que haya servido para practicar el asiento correspondiente (escritura de compraventa, de aceptación de herencia...).

Lo cierto será que en el supuesto de la usucapición *contra tabulas* pugnarán entre sí dos opuestas presunciones posesorias, avaladas por la institución registral: porque habrá dos titulares inscritos (sólo en la hipótesis del art. 1.949 del Código Civil, pues también puede darse una usucapición frente al registro de un poseedor que no haya inscrito su título). Estos titulares registrales adversos son el tercero hipotecario protegido y el usucapiente de buena fe.

Así las cosas, creemos que esas opuestas presunciones posesorias han de neutralizarse, porque ambas pueden ser sólo virtuales y se apoyan en declaraciones formales de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, y debiendo prevalecer la protección del tercero hipotecario, el usucapiente deberá demostrar su posesión real sobre la finca para poder adquirir por prescripción.

9. USUCAPIÓN LIBERATORIA CONTRARIA AL REGISTRO

Esta especial usucapición se produce cuando el usucapiente posee una finca gravada en concepto de libre, adquiriendo la propiedad contra el *versus dominus* y simultáneamente liberando el predio del gravamen que le afectaba. Esto último se producirá, por ejemplo, realizando un acto obstativo a los derechos del dueño del predio dominante (verbigracia, prohibiéndole el paso que le otorgaba la servidumbre en su día constituida) y también irrogándose la libertad arbitraria de una finca gravada.

Esta usucapición liberatoria es factible partiendo de la actual regulación de la Ley Hipotecaria de 1944 (2).

Sin embargo, bajo la regulación del artículo 1.949 del Código Civil no puede darse esta singular especie de prescripción porque, al moverse dentro de los carriles registrales tanto el usucapiente como el usucapido, las posesiones contrapuestas de ambos estarán afectadas por el juego de estas normas hipotecarias.

Es preciso distinguir:

A) Si el gravamen está inscrito en el Registro de la Propiedad en el folio registral de la finca usucapida (art. 13 de la Ley Hipotecaria) el adquirente-usucapiente no puede desconocerlo porque lo inscrito le afecta (art. 32 de la Ley Hipotecaria *a sensu contrario* y art. 34 de la Ley Hipotecaria, párrafo 1.º, *in fine*).

Esto es lo que ocurrirá con las hipotecas, derechos de constitución registral. Así resulta del artículo 1.949 del Código Civil, que exige que estén inscritas las dos titularidades contrapuestas, surgiendo de esta forma la figura del tercero hipotecario. Y así lo avala el artículo 606 del Código Civil en relación con el 462 del mismo cuerpo legal.

B) Por su parte el artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece la presunción de que los derechos inscritos existen en la forma determinada por el asiento respectivo y en la inscripción de la finca que se está prescribiendo figurará, en la circunstancia de las *cargas*, el gravamen que pesa sobre ella y que por tanto no puede argüir el usucapiente que lo desconocía (art. 606 del Código Civil *a sensu contrario*).

(2) Es posible esta usucapición liberatoria contra el Registro conforme a la normativa del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, porque, bajo este régimen jurídico, el usucapiente no es un titular registral; él actúa extrarregistralmente y, por tanto, no le afectan las presunciones hipotecarias, ya que se mantiene al margen del Registro.

Es preciso matizar: no se trata de que el usucapiente adquiera el dominio limitado y al mismo tiempo el gravamen por haber poseído la finca como libre. No se adquiere, por ejemplo, la servidumbre porque en Derecho español no están admitidos los gravámenes sobre cosa propia. De lo que se trataría sería de la extinción de la servidumbre para que la finca quede libre. Y sobre esta materia incide el artículo 1.963 del Código Civil («Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años»). Es decir que, frente a las pretensiones liberadoras del usucapiente, siempre el titular del gravamen podrá utilizar la acción pertinente (la confesoria, entre otras) mientras no transcurran las tres décadas que marca la ley.

El artículo 36 contempla (en el párrafo último) la posibilidad de que concurra una doble pasividad, un doble abandono, frente a una usucapición en marcha, por cuanto se da la abulia tanto en el titular dominical inscrito como en el sujeto activo del gravamen inmobiliario.

Resulta extraño, a primera vista, que se hable de la extinción de derechos en un precepto que lo que regula es todo lo contrario, es decir, la adquisición de derechos por usucapición. Sin embargo, en una consideración más profunda puede tener sentido.

Lo que contempla este artículo 36 es una pretendida doble usucapición; alguien está poseyendo a título de dueño el predio sirviente y lo está poseyendo en concepto de libre, como si no estuviera gravado con el derecho real que le afecta. Si el gravamen fuese un usufructo, de incompatible posesión con la que implica la usucapición y el usufructuario no se opusiese a la posesión del usucapiente, éste adquiriría su derecho en perjuicio de aquél. Y la extinción de que habla la norma (para el supuesto de falta de objeción del usufructuario) es una extinción meramente subjetiva. El derecho lo pierde el usufructuario; luego para él se extingue la situación fruicional; pero la enjundia de la institución (el derecho de usar y disfrutar) sigue incólume, sólo que ahora lo detenta el usucapiente. Y para él también se extingue como derecho independiente, anegado por la virtualidad expansiva de la *propietas nuda*, porque en nuestro sistema no están admitidos los derechos sobre cosa propia.

Y si el usufructuario se opone triunfalmente a las pretensiones del prescribiente, el usufructo no se extingue, sigue gravando la finca con toda su enjundia y el resultado será que el usucapiente sólo habrá adquirido la nuda propiedad, al menos temporalmente.

En los otros casos ocurre lo mismo: el usucapiente adquirirá una finca amenazada de hipoteca o, en su caso, cuando inciden sobre la finca posesiones opuestas y compatibles, adquirirá un predio gravado a favor del inmueble dominante o devendrá censatario de una relación en la que habrá de tolerar un censalista oponente.

También el artículo 36 de la Ley Hipotecaria contempla el efecto que la prescripción *contra tabulas* puede acarrear frente a los derechos reales limi-

tados que gravan la finca usucapida. De la letra *b)* de dicho precepto pueden deducirse tres situaciones diferentes aplicables a la *usucapión liberatoria* contraria al Registro:

- a)* Afectan a la finca derechos reales que no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute del inmueble sobre el cual se hubiesen constituido y que han sido adquiridos a título oneroso y de buena fe por su titular. En este caso podemos mencionar las hipotecas; en los censos, las titularidades de los censualistas; en opinión de ROCA SASTRE, el derecho de retención... Estos derechos persisten frente a la usucapión triunfante.

El supuesto de hecho consiste en que la usucapión consumada se enfrenta a dos derechos de distinta envergadura, que son:

- 1.º El derecho de propiedad del usucapido, que es debelado por la prescripción adquisitiva según una dialéctica jurídica que se desenvuelve conforme al Código Civil.
 - 2.º El derecho real limitado desprovisto de contacto posesorio, que se mantiene sobre la finca, pese a la usucapión, gravando al nuevo propietario.
-
- b)* Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe llevan aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el que se han constituido, pero ese disfrute no es incompatible con la posesión del usucapiente.

La controversia se plantea aquí entre la posesión física (tenencia de la cosa, que es la del prescribiente) y la posesión más virtual (el disfrute de un derecho), que en muchas ocasiones son rotundamente incompatibles. Pero existen supuestos en los que no se produce esa radical incompatibilidad. Por ejemplo una posesión física de cualquiera no se opone a la posesión jurídica del censualista en los censos.

Dada esa compatibilidad de los disfrutes contrapuestos es por lo que pese a la usucapión del predio no se extingue el derecho real limitado que, como en el caso anterior, continuará gravando al nuevo dueño.

- c)* Los derechos adquiridos llevan aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el que gravitan y tal goce es incompatible con la posesión del usucapiente. Por ejemplo un usufructo. Sólo prevalecerán frente a la usucapión consumada cuando, además de adquirirse a título oneroso y con buena fe, su titular reúna las demás condiciones para ser reputado tercero hipotecario (adquirir el titular

inscrito e inscribir su derecho) y proceda a combatir la usucapación adversa. Es fundamental, por ello, que no consienta, ni expresa ni tácitamente, la posesión del usucapiente durante el año siguiente a su adquisición.

Este tercer supuesto de derecho real limitado contradictorio de la usucapación *contra tabulas* puede reconducirse (por su total equivalencia) al planteamiento inicial del artículo 36, porque esos titulares de derechos que llevan aneja la facultad de inmediato disfrute incompatible con la posesión adversa, como han tenido que registrar su posición jurídica para ser reputados terceros hipotecarios, pasan evidentemente a ser «titulares inscritos (aunque sólo sea de un derecho real limitado) que tienen la condición de terceros».

Por esta equivalencia de situaciones jurídicas, estos derechos limitados (verbigracia, el usufructo predial) se extinguirán (y el usucapiente podrá solicitar su cancelación) al consumarse la usucapación contraria (que pretende poseer la finca como libre de cargas) si se demuestra que el adquirente del derecho limitado conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta del anterior usufructuario que le transmitió este derecho fruícional. Lo cual, tratándose de un antagonismo fáctico entre situaciones reales, puede resultar de fácil demostración.

Aunque se acredite que el titular del derecho real limitado no conoció ni pudo conocer la posesión de hecho del usucapiente cuando él adquirió, será preciso, para que no le perjudique la usucapación adversa, que se oponga a ella y que no la consienta, ni expresa ni tácitamente, durante todo el año siguiente a su adquisición.

La usucapación liberatoria *contra tabulas*, de posible subsunción en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, resulta sin embargo inviable partiendo de la literalidad del artículo 1.949 del Código Civil. Porque, al exigir este último precepto (a nuestro entender derogado por la Ley Hipotecaria) que sean titulares inscritos tanto el usucapiente como el usucapido, la relación prescriptiva surgida entre ellos ha de regirse íntegramente por la Ley Hipotecaria y esta última constriñe a los sujetos que se relacionan con el Registro con unos preceptos imperativos e insoslayables.

En cambio, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria contempla una situación similar tabularmente, porque parte de un antagonismo jurídico entre un usucapido inscrito y usucapiente, presente, en la realidad tenencial de la finca y ausente del Registro de la Propiedad.

De la divergencia entre el artículo 1.949 del Código Civil y el artículo 36 de la Ley Hipotecaria resulta que en esta última sí puede tener asiento la *usucapio libertatis*, porque, al no exigir la Ley Hipotecaria que estén registrados ambos contradictores en el proceso prescriptivo, puede regirse la situa-

ción por el Derecho Civil puro, no aherrojado, no encorsetado por las reglas del Derecho Hipotecario y por ello no se le puede exigir al usucapiente que conozca el contenido del Registro, ni puede postularse que le afecta todo lo inscrito, porque estas restricciones no imperan en el orden civil puro.

El artículo 36 al referirse a «la facultad de inmediato *disfrute del derecho*» utiliza una expresión jurídicamente circunlocutoria y de una forma algo velada se está refiriendo a la posesión, que es un elemento sustancial del instituto de la prescripción.

Para comprenderlo basta con recordar la definición de nuestro Código Civil: «la posesión es la tenencia de una cosa o el *disfrute de un derecho*» (art. 430).

La protección de este artículo para los derechos que no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho gravado es la clásica protección deferida a los terceros adquirentes. Los requisitos exigidos para conferirle son los establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: «adquirir a título oneroso, de buena fe e inscribir lo adquirido; este último requisito, esotérico en la expresión legal, sin embargo es inexcusable porque la hipoteca, por ejemplo, aunque esté desprovista de contacto posesorio, es de inexcusable constitución registral: sin inscripción no hay hipoteca.

El párrafo final del artículo 36 nos confirma en la idea de que los codificadores y legisladores, tanto los nacionales como los del Derecho comparado, se vieron injustamente subyugados por el instituto más arbitrario que conoce el Derecho, que es el de la prescripción, sobre todo la extraordinaria.

Verdaderamente extraño es el último párrafo de este artículo 36 que, paradójicamente, otorga más protección al usurpador (que usucape un derecho real limitado por el no uso de su titular, dando lugar a que prescriba la acción confesoria) que al tercero que compra, pagando su verdadero precio, un derecho real ajeno.

La proclamación de esta peregrina regla es ésta: «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».

Para favorecer al prescribiente se propicia una excepción injustificada al alcance de la fe pública registral en nuestro Derecho y el sistema funciona así: el que adquiere un usufructo, una servidumbre... que, pese a figurar inscrito como subsistente, ya no existe en la realidad extrarregistral por causa de prescripción extintiva, no adquiere nada, pese a que dicho tercero haya adquirido a título oneroso, de buena fe, confiando en el contenido de los libros y haya registrado su adquisición.

10. LA USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS* QUE SE RIGE POR EL CÓDIGO CIVIL

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria en este caso consagra una de las protecciones menos vigorosas del Registro de la Propiedad frente a instituciones que, como la usucapión, vienen avaladas por un consenso de siglos, pese a que, tratándose de la prescripción extraordinaria, el dominio se haya consolidado de espaldas a la equidad.

Si no se interfiere la protección registral, una usucapión consumada (ordinaria o extraordinaria) se impone frente al anterior propietario abúlico, para el que implicará una total privación de su derecho.

Pero la protección registral sólo se defiende a favor de quien reúne las circunstancias requeridas para ser conceptuado tercero hipotecario. Por ello, el propietario inscrito que no sea tercero hipotecario, pese a que haya permanecido en la titularidad de la finca durante el tiempo que ha durado la usucapión, desde su inicio hasta el final, no puede enervar la prescripción adquisitiva contraria. Así resulta del inicio del artículo 36 de la Ley Hipotecaria que protege eficazmente a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros. *A sensu contrario*, no gozarán de dicha protección los *titulares* que, aunque estén *inscritos*, no tengan la condición de terceros.

Esta solución se enfatiza, con una fórmula oscura, por el propio artículo 36 cuando declara: «En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se está 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».

Esta proclamación legal no implica, por la forma de estar redactada, ninguna novedad con respecto al Código Civil. También con respecto al tercero se califica el título (propiedad, usufructo, servidumbre...) y se cuenta el tiempo con arreglo a la legislación civil (exigiendo al usucapiente una posesión de diez, veinte o treinta años para justificar su adquisición). La diferencia está en que el tercero registral puede debelar a dicho usucapiente.

La fórmula legal podía ser más directa y sin añadidos innecesarios: «Frente a titulares inscritos que no tengan la condición de terceros, la usucapión se regirá exclusivamente por el Derecho Civil puro».

Aunque siempre le quedará al titular inscrito que no sea tercero hipotecario el recurso de oponer a la usucapión la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, obligando al usucapiente a destruir la presunción *juris tantum* mediante la prueba en contrario.

Una usucapión en gestación puede ser enervada de dos formas:

- a) Mediante la interrupción de la prescripción, que se lograría por cualquier reclamación judicial o extrajudicial del acreedor, según la dogmática general del Código Civil.

- b) En virtud de una interpretación estricta del horizonte temporal que contempla el artículo 36, primer párrafo, de la Ley Hipotecaria.

Según esta norma, frente a los terceros hipotecarios sólo puede, en su caso, prevalecer la prescripción *contra tabulas* consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición del tercero.

Una usucapión inmobiliaria (única a la que se refiere la Ley Hipotecaria) puede consumarse a los diez, veinte o a los treinta años, según los casos. Así las cosas, para que pueda tener aplicación la premisa de este precepto, será necesario que el usucapiente lleve poseyendo nueve, diecinueve o veintinueve años como mínimo en el momento de perfeccionarse la adquisición del tercero registral.

Aparentemente si llevase menos años (por ejemplo, veintiocho) ya no podría prosperar la usucapión porque (en un entendimiento riguroso literal de la norma) ésta se consumaría *dos* años después de la adquisición del dueño registral, especialmente protegido.

Puede que la polémica se plantee entre dos terceros: el titular dominical que inscribe su derecho (tercero hipotecario) frente a quien compró a un propietario aparente (tercero extrarregistral, que también está adornado de buena fe y justo título) y que necesita del refrendo de la usucapión para consolidar su derecho.

11. LA PRESCRIPCIÓN COMENZADA Y LA QUE PUEDE CONSUMARSE DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE A LA ADQUISICIÓN

Aparentemente (pues así podría deducirse de la dicción literal del párrafo 1.º del art. 36) una usucapión en marcha, avalada por una posesión de veintiséis, veintisiete, veintiocho años... no podría nunca perjudicar al tercero hipotecario. Pero este posible entendimiento de la norma se desvirtúa en el párrafo cuarto del mismo precepto, de este tenor literal: «La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpe en la forma y plazo antes indicados y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total».

Una prescripción de veinticinco, veinticuatro años de posesión, es una prescripción comenzada y todavía no concluida. Y por tanto puede afectar al tercero si éste no interrumpe la posesión.

El párrafo, por otra parte, es bastante desdichado. Habla de interrumpir en «la forma» antes indicada. Y en los apartados anteriores del precepto sólo se han mencionado plazos interruptivos, pero ninguna *forma* de actividad.

Es absurdo que se le constriña a interrumpir la prescripción adversa en el plazo de un año, cuando, por ley, dispone de todo el tiempo del porvenir que preceda a la consumación total de la usucapión.

Nunca una prescripción meramente comenzada puede perjudicar al titular inscrito, porque no ha concluido su ciclo adquisitivo. Sólo la usucapión consumada, en cuanto modo de adquirir el dominio, puede llegar a perjudicar al dueño registral, sancionándole por su abulia posesiva.

Por el contrario, las prescripciones en marcha siempre pueden ser interrumpidas, no pudiendo, en ese caso, perjudicar al usucapido.

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria regula con una normativa compleja y poco transparente la prescripción, anteriormente contemplada por el artículo 1.949 del Código Civil, que sólo se ocupó de la usucapión ordinaria. La Ley Hipotecaria contiene una dogmática más completa, pues en sus preceptos pueden incluirse tanto la usucapión ordinaria como la extraordinaria.

Es preciso estudiar ambos preceptos para comparar las soluciones que brindan, siendo necesaria una consideración conjunta por cuanto el Código Civil y la Ley Hipotecaria se refieren a un mismo supuesto fáctico, aunque a la postre la regulación vigente viene a ser la contenida en la Ley Hipotecaria, que es más especial que el Código Civil (en materia referente a la usucapibilidad de bienes inscritos) y además posterior en el tiempo. La Ley Hipotecaria es de diciembre de 1946.

Es ingenuo que el artículo 36 proclame que puede prevalecer frente a los terceros «la prescripción adquisitiva que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición por ellos realizada». Faltando un año para que se complete el plazo de la usucapión, ésta no puede perjudicar ni al tercero hipotecario ni al titular registral que no sea tercero, ni siquiera el anterior dueño, porque todos ellos pueden enervarla mediante la interrupción de la prescripción.

El párrafo 1.º del artículo 36 de la Ley Hipotecaria puede dar base para una *prescripción longi temporis*, lo cual parece justo si se quiere que prevalezca el derecho del tercero que ha adquirido a título oneroso, de buena fe y confiando en la seguridad jurídica que proporciona el Registro de la Propiedad. Y el sistema preconizado por este artículo implica que una prescripción adquisitiva consumada dos, cinco, diez, quince años antes de perfeccionar su adquisición el tercero que no conoció la posesión de hecho, si éste no la consiente durante el año siguiente a su adjudicación, se vendrá abajo pese al tiempo transcurrido (por ejemplo, treinta años para la prescripción extraordinaria, más esos dos, cinco, diez, quince que habían transcurrido desde que se consumó la usucapión y hasta que adquirió el tercero de buena fe y que no tuvo medios racionales para conocer la posesión dominical del usucapiente-usurpador). Bastará, para debelar esta prescripción, con que el tercero se enfrente al usucapiente durante el año siguiente a su adquisición y con objeto de que su silencio no pueda interpretarse como un consentimiento tácito.

La prescripción prevalecerá y destruirá la adquisición del tercero si éste consiente la posesión del usucapiente, ya sea de forma expresa y manifiesta,

ya tácitamente, lo que ocurrirá, por ejemplo, si el tercero conoce esa posesión de hecho y no se opone a ella.

Y la duración de esa usucapión inoperante frente al tercero hipotecario puede ser todavía más dilatada, pese a que fracasará cuando el tercero haga valer su derecho. Porque si no se demuestra que el tercero conoció la posesión oponente durante todo el año siguiente a la adquisición (lo que implicaría un consentimiento tácito si no obsta dicha detentación) no le afectará la prescripción operada, ya que no la habrá consentido tácitamente.

Pese al aparente fortalecimiento de la posición de los terceros frente a la usucapión adversa, que parece desprenderse de las proclamaciones iniciales del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, lo cierto es que también el legislador hipotecario se muestra reverente frente a la usucapión. Ello es evidente si contrastamos este artículo 36 con la normativa más drástica del artículo 32 de la propia Ley.

Este artículo 32 declara categóricamente que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero».

Si esto se cumpliera en el artículo 36 nunca la usucapión extrarregistral podría perjudicar al tercero, aunque éste no se opusiera a la posesión contradictoria en el año siguiente a su adquisición. Porque la usucapión confiere un título de propiedad al poseedor *contra tabulas* y si éste no lo inscribe no podría nunca perjudicar al tercero si se hubiese seguido a rajatabla la doctrina del artículo 32 y no la más permisiva del artículo 36.

II. DERECHO TRANSITORIO

Es el artículo 1.939 del Código Civil el que contiene la regla intertemporal aplicable, expresada en estos términos:

«La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».

Es el artículo 1.939 del Código Civil, el único texto que contiene una norma transitoria en materia de prescripción.

Según este artículo, la prescripción comenzada antes de la publicación del propio Código (o de la nueva Ley, en su caso) se regirá por las reglas de la legislación anterior. Consagra, pues, un criterio de irretroactividad, aunque el tiempo total de prescripción haya de completarse una vez promulgado el nuevo texto legal.

¿Cuándo comienza la prescripción? En el supuesto de que nos enfrentemos a la prescripción extintiva o liberatoria de las acciones o derechos, la prescripción empieza a correr desde que la acción nace, como el ciclo vital de una persona se cuenta desde su nacimiento. Ya decía Unamuno que vivir es ir muriendo lentamente, porque se empieza a morir (y a vivir) desde que se nace. Y lo mismo que a las personas les acontece a los derechos y acciones. Se extinguen en un periodo preestablecido que se cuenta desde su nacimiento.

¿Cuándo nace un derecho? Cuando se devenga. El devengo no es otra cosa que el surgimiento de la obligación de pago. Por tanto, ese mismo día nace el correlativo derecho o crédito del acreedor porque «obligación» y «crédito» son conceptos de relación, de necesaria interdependencia sinalagmática.

1. RETROACTIVIDAD FAVORABLE

El artículo 1.939 del Código Civil prosigue con una norma decididamente retroactiva: «...pero si desde que fuere puesto en observación transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».

Es extraño que el Código emplee la fórmula «infidel» (jurídicamente hablando): «desde que fuera puesto en observación». Las leyes se publican y desde su publicación rigen. Indudablemente se alude a la vigencia de la Ley; incluso el lenguaje vulgar se refiere a la necesidad de «observar» las normas.

Aquí se propicia la retroactividad de la norma más favorable para una prescripción abreviada. Si la nueva Ley impone un plazo más corto, éste será el aplicable, aunque la prescripción hubiese comenzado bajo la vigencia de una ley que establecía un plazo mayor. Es, pues, una excepción a la parte inicial de la norma, que impone aplicar la ley vigente «al comienzo» de la prescripción; se deja de aplicar dicha ley si la vigente al concluir la prescripción es más favorable a las pretensiones del prescribiente. Pero sólo en el aspecto referente al lapso temporal para que las acciones prescriban.

En este sentido se pronuncia una interesante sentencia del Tribunal Supremo, a cuyo tenor: «El tiempo señalado para la prescripción de las acciones transcurridas desde la publicación de este Código da lugar a aquélla, aun cuando estuviere comenzado con anterioridad». Es decir, que se reitera la excepción a la regla inicial de este artículo 1.939.

El nuevo plazo, pues, se aplica retroactivamente. Pero en los demás aspectos de la prescripción, los hechos anteriores han de regularse por la legislación precedente; y uno de esos aspectos básicos es el referente al inicio del plazo prescriptivo.

Esto es revolucionario. Una sorpresa de la retroactividad a caballo de la imprevisión legislativa. Una incidencia equivocada del brocardo del *in dubio*

mitius, por olvidar el que legisla que la prescripción no es una sanción y que frente a ella el que debe ser protegido es el que pierde el crédito, y no el usucapiente.

El segundo párrafo del artículo 1.939 se pronuncia por la admisión de la regla retroactiva, en el caso de cumplirse la totalidad del tiempo marcado en el Código. Constituye una aplicación de aquel principio en virtud del cual ha de fomentarse todo lo que signifique facilitación y esclarecimiento de las situaciones jurídicas. Hay que acabar —siempre lo ha pensado así el legislador— con las situaciones de incertidumbre y perentoriedad. Por ello, al admitir que lo que es bueno para un futuro inmediato (el que el lapso de tiempo sea más breve a tenor con la mayor celeridad de la vida jurídica moderna) lo sea también para un pasado próximo, que ha de completarse con un porvenir a él ligado, se obra al amparo de una previsión conservadora.

En apoyo del legislador civil cabe invocar las mismas teorías que sirven para fundamentar el instituto de la prescripción: la seguridad en el tráfico y la certidumbre en la vida jurídica. Ambos fines se hallan logrados con la norma expresada.

El artículo 1.939 del Código Civil se refiere a la prescripción comenzada, «antes de la publicación de este Código».

Es una referencia un poco extraña ésta, que se fija en la fecha de publicación del texto legal. Por tratarse de una norma de derecho intertemporal, lo lógico sería que la Ley se refiriese no a la fecha de publicación del Código, sino a la de su entrada en vigor. Téngase en cuenta que según el artículo 1.º del Código Civil, las leyes entran en vigor a los veinte días de su publicación en el periódico oficial.

La literalidad del precepto puede conducir a hermenéuticas contradictorias. «La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo». ¿Y la comenzada después de su publicación? Según lo establecido en el artículo 1.939 de nuestro superior cuerpo legal debería regirse por el Código Civil, pues alguna diferencia debe existir entre los hechos anteriores y los posteriores a la publicación, ya que ha establecido esta fecha para deslindar situaciones jurídicas relacionadas con la retroactividad normativa. Sin embargo, no es así. La prescripción comenzada después de la publicación del Código y antes de su entrada en vigor se regirá también por las leyes anteriores en cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.º del Código Civil.

La prescripción es un instituto jurídico que se adapta con dificultad a la normativa del Derecho intertemporal. En efecto, el problema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes tiene su punto neurálgico en el respeto a los derechos adquiridos. Basta con examinar las disposiciones transitorias de carácter general del Código, para confirmar este aserto. La primera Disposición transitoria se refiere a los derechos nacidos; la segunda, a los actos jurídicos.

Hay una distinta perspectiva jurídica en estas disposiciones primera y segunda. La primera se enfrenta a los derechos como situaciones firmes, y la segunda con los actos jurídicos. Los actos no son derechos. Son modos de adquirir los derechos. Es decir, que la diferencia entre las dos disposiciones es el hecho de que la primera estudia los derechos ya nacidos y la segunda se refiere a los actos jurídicos que sirven de soporte al nacimiento de los derechos.

Esta norma de derecho transitorio procede del Proyecto de 1851, que la tomó, a su vez, del Código Civil francés, que puso especial énfasis en el momento del comienzo de la prescripción.

El artículo contiene una dogmática general (pese a su estricta literalidad) aplicable al cambio de leyes en el tiempo en cualquier rama del derecho. De una forma directa incorporó esta normativa la Orden de 24 de junio de 1964, que la aplicó continuadamente en el terreno fiscal.

El precepto es claro: la prescripción debe regirse por la ley vigente en el momento en que se inició la misma. Consecuentemente la ley nueva no debe aplicarse a las prescripciones que se estaban desenvolviendo bajo el imperio de la legislación anterior. Se preconiza así la irretroactividad de la ley última en toda la materia y muy especialmente en lo relativo a los plazos.

Esta transparente normativa ha sido reiteradamente conculcada por el legislador fiscal. Lo fue al promulgar la Ley del ISD, en la que atribuyó carácter retroactivo a los plazos abreviados; y lo ha sido más recientemente al establecerse el plazo de prescripción de cuatro años para todas las deudas tributarias, sean anteriores o posteriores a la nueva ley reguladora.

El párrafo 2.º se pronuncia hacia una leve retroactividad, al variar el criterio del párrafo anterior según el cual toda prescripción debería regirse por la ley vigente en el momento del comienzo de la misma.

Para LUNA SERRANO la razón de este segundo párrafo obedece a un criterio de equidad: no es justo que la condición del titular de un derecho que puede extinguirse por prescripción disfrute de un plazo de viabilidad jurídica más largo por el hecho de haberse iniciado la prescripción extintiva, frente a aquel otro titular de un derecho de parecido origen temporal cuya prescripción no haya comenzado todavía. Claro que esta opinión no tiene en cuenta el derecho adquirido por el titular del crédito o del derecho real surgido al amparo de la legislación derogada, siendo así que todas las disposiciones transitorias del Código Civil se orientan en el sentido del respeto a los derechos adquiridos bajo el régimen anterior.

Frente a posibles desviaciones interpretativas, sienta la verdadera doctrina Díez-PICAZO al comentar el párrafo 2.º de este precepto: «El tiempo de prescripción establecido en la ley nueva tiene que transcurrir *entero* bajo el imperio de la nueva ley, de manera que no se suma simplemente el tiempo transcurrido con anterioridad y el transcurrido con posterioridad para completar el plazo más breve».

Esta inteligencia del precepto es la correcta y además se armoniza con la literalidad de la norma que exige que «transcurra *todo el tiempo* en el Código exigido...»; con un ejemplo comprenderemos mejor este artículo: en 1988 comenzó a regir la nueva ley del ISD, en la que se redujo el tiempo de prescripción de las deudas tributarias a cinco años. Con la normativa anterior (TR de 6 de abril de 1967) el plazo de prescripción era de diez años. Si al iniciarse el año 1987 el deudor-contribuyente llevaba cuatro años sin cumplir sus obligaciones fiscales, no es suficiente con que acumule un año más bajo la vigencia de la nueva ley y así completar los cinco años exigidos para la prescripción extintiva por la ley de 18 de diciembre de 1987. No, según el artículo 1.939, los cinco años exigidos para la nueva prescripción en 1986 (actualmente se ha reducido, incomprensiblemente, a cuatro) tienen que *transcurrir* enteramente a partir de 1988. Es decir que en el ejemplo elegido habrán sido necesarios nueve años para que se consume la prescripción en vez de los diez exigidos por la legislación bajo la que comenzó el proceso, lográndose una retroacción favorable al sujeto pasivo incumplidor.

III. LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA

Se refiere a ella el artículo 1.959 del Código Civil. Dice este precepto:

«Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539».

Según el artículo 1.959 del Código Civil para la prescripción extraordinaria de los bienes inmuebles es precisa una posesión durante treinta años «sin distinguir entre presentes y ausentes».

La no discriminación entre presentes y ausentes es una forma de favorecer la prescripción extraordinaria, es decir la usurpación continuada, que, con el transcurso del tiempo, se constituye en un auténtico derecho, por una metamorfosis jurídica propiciada por el legislador.

Esto es arbitrario, pues no se debe premiar el abuso. Si los parámetros temporales fuesen análogos a los establecidos para la prescripción ordinaria, el tiempo exigible para consumir una prescripción extraordinaria entre ausentes sería el de sesenta años.

El artículo 1.959 proclama que para la prescripción extraordinaria no se requiere ni justo título ni buena fe, si bien se reconoce la excepción establecida por el artículo 539, según el cual: «Las servidumbres continuas y no

aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título».

La excepción está justificada. Si la servidumbre no es aparente, si no se ve, no será objeto de posesión pública (a la vista de todos) y por tanto adolecería de uno de los requisitos imprescindibles para la prescripción.

Su no usucapabilidad es justa. Si la servidumbre no se ve, si no puede percibirse físicamente, el perjudicado por la posesión contraria (que ha de sufrir el gravamen si la prescripción se completa) no podrá oponer actos obstativos a su ejercicio, con lo que podría adquirirse subrepticamente, aunque sea continua.

Tampoco son muy aptas para la usucapión las servidumbres discontinuas, porque, al ser intermitente su uso, incumplirían el requisito de la posesión no interrumpida. Estas servidumbres, se perciban o no por la vista, también podrían prestarse a sorpresas desagradables para el dueño del predio sirviente. Si se usa muy espaciadamente, en lapsos muy dilatados, el que la sufre podría creer que se había dejado de ejercer, abandonando, por este espejismo, la defensa de sus derechos. Por ello, para evitar sorpresas desagradables, deben adquirirse en virtud de título.

A *sensu contrario*, «si la servidumbre es continua y aparente» puede ser adquirida por usucapión. Al ser continua cumplirá el requisito de la posesión no interrumpida y si a la vez es aparente cumplirá el requisito de la posesión pública.

Por su parte las continuas y no aparentes y las discontinuas, que sólo pueden adquirirse en virtud de título, podrían sustentar una usucapión ordinaria, si la servidumbre no pudiera adquirirse inmediatamente y precisase del refrendo temporal.

1. DEL DELITO AL DERECHO

En realidad los que pueden beneficiarse de una prescripción extraordinaria, que poseen los bienes ajenos, sin ningún título y generalmente con mala fe, son delincuentes que, culpables de un delito continuado, lograrán, con el indulto del tiempo, convertirse en propietarios con todas las bendiciones legales.

El resultado parece un despropósito jurídico. El artículo 245 del Código Penal se refiere a las usurpaciones y tipifica como figura delictiva el ocupar, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o el mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular.

Parece desprenderse de la regulación legal del Código Civil que el legislador establece un sistema diferente para la usucapión a favor de los delincuentes, según se trate de bienes muebles o de bienes inmuebles.

El artículo 1.956 es categórico: los que hurtaron o robaron cosas muebles no podrán usucapirlas mientras no haya prescrito el delito o la falta o su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil.

Y sin embargo no se establece la misma cautela para quienes de mala fe prescriben bienes inmuebles. Entre los delitos contra la propiedad figuran las usurpaciones y también se tipifica como delito el allanamiento de morada. Usurpador es el que ocupa sin autorización un inmueble, un edificio o una vivienda que no constituya morada habitual de otra persona o el que se mantiene en ella contra la voluntad del propietario. Si la residencia ocupada fuere la vivienda habitual del despojado se incidiría en el allanamiento de morada.

La ocupación alude al momento inicial del atropello. El mantenerse en la propiedad ajena sin ningún título que lo justifique indica una persistencia en el ánimo doloso y la continuación en el delito. Por ello sería lógico postular una solución análoga a la que el propio Código Civil preconiza en el caso de los hurtos, robos o incautaciones de las cosas muebles perdidas. Las soluciones deben ser las mismas cuando las premisas son iguales y ninguna diferencia debiera suponer la distinta naturaleza mueble o inmueble de los bienes objeto del delito. Al contrario, si alguna distinción se estableciere, debería ser en beneficio de los bienes inmuebles por su mayor valor, su mayor trascendencia y vinculación al hogar o patrimonio de las familias.

De lege ferenda, pues, sería deseable que en los ataques a la riqueza inmobiliaria existiese la misma salvaguardia que en los perpetrados contra los bienes muebles: que no pudiera consumarse la usucapión en tanto no hubieran prescrito previamente los delitos perpetrados o sus penas y la responsabilidad civil derivada de ellos.

2. FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA

Los institutos que hacen prevalecer la seguridad jurídica y la estabilidad social sobre la equidad y sobre la justicia estricta (pareciendo paradójico que sea el Derecho el que otorga esa prevalencia) pretenden amparar a quienes de buena fe confían en títulos aparentemente válidos o en organismos encargados de proteger la confianza en la apariencia, sobre todo en beneficio de tercero. En este grupo podemos incluir a la prescripción ordinaria y al Registro de la Propiedad o a los otros registros jurídicos, porque sacrifican el *jus strictum* en aras de la protección de quienes, con buena fe, han adquirido confianza en el sistema. Es tolerable, en estos casos, que una pretensión quiritaria ceda en beneficio de quienes, con un derecho más vulnerable, han confiado en los resortes contractuales normales.

Pero la prescripción extraordinaria no tiene ninguna justificación. Y sin embargo todos los sistemas jurídicos santifican esta metamorfosis del delito

en una situación jurídica respetable y, lo que es peor, la bendición de un delito continuado durante un largo espacio de tiempo.

Bastantes ventajas tiene el usurpador para que además se le regale la propiedad del inmueble usurpado, es decir, para que el delincuente se aproveche del objeto del delito. Las ventajas (abstracción hecha de la usucapición) son el quedar impune del delito consumado y el no tener que satisfacer una renta por el aprovechamiento del inmueble que ha disfrutado tantos años sin ninguna contraprestación, de forma gratuita.

En algún caso la prescripción extraordinaria puede estar justificada. Por ejemplo, porque el justo título no era verdadero o no era válido o porque la buena fe inicial del poseedor cesa posteriormente...; casos todos en los que no podrá refugiarse el usucapiente en la prescripción ordinaria y tendrá que esperar a consolidar una prescripción extraordinaria. Pero en estos casos la postura del usucapiente (con título y buena fe inicial) es tan respetable como en los casos en que debe prevalecer la prescripción ordinaria normal.

Sin embargo, por lo que respecta a la modalidad más frecuente, la de la usurpación-prescripción debiera suprimirse del mundo de las instituciones jurídicas. En un régimen como el cubano, el de los *soviets* o el de tantas y tantas dictaduras, que se prolongan más de treinta años, la prescripción extraordinaria da pábulo a innumerables expolios o incluso también en supuestos como el de nuestra guerra civil.

Porque la prescripción-usurpación no tiene ningún ápice de honorabilidad ni de justificación y por ello debería prescindirse de la misma en un deseo de acercar el Derecho a la equidad.

La seguridad del tráfico avala el triunfo de la prescripción ordinaria, que cumple el cometido de favorecer al poseedor diligente en el conflicto que mantiene con un propietario abúlico, habida cuenta que tal poseedor podría haber adquirido inmediatamente el dominio si su transferente hubiese sido un dueño real y no sólo aparente.

Pero la prescripción extraordinaria, en la mayoría de los casos, sólo protege una mala fe evidente y el abuso de los usurpadores. En pasadas épocas se requirió una posesión más prolongada para que pudiera prosperar. No debería poder frenar la acción reivindicatoria del propietario, que ostenta un derecho a que se le restituya lo que le pertenece. La seguridad jurídica sólo demanda proteger a los terceros de buena fe, como ocurre con las previsiones del Código de Comercio, con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria o con lo establecido en el artículo 464 del Código Civil.

Es tan injusta la prescripción extraordinaria, que sólo en los últimos tiempos de la dilatada evolución del Derecho romano fue admitida, marcándose sus exactos perfiles en época de Justiniano, pese a su introducción por Constantino.

El Tribunal Supremo ha entendido en una jurisprudencia muy copiosa que no basta para esta especie de usucapión con la simple tenencia de la cosa o con un relajado disfrute del derecho (contra lo que parece sugerir la literalidad de la norma) sino que es imprescindible poseer en concepto de dueño o de titular del derecho en cuestión.

El artículo 5.º del Código Civil preceptúa que el cómputo de los años se debe hacer de fecha a fecha, completando los treinta años exigidos por esta norma.

Hay exegetas que consideran que la usucapión ordinaria (exigencia de buena fe) y la extraordinaria (posible mala fe) son instituciones distintas y excluyentes y que no se puede acumular a esta última la posesión iniciada con buena fe y justo título.

La excepción del artículo 539 se justifica porque las servidumbres a que se refiere presentan caracteres incompatibles con la usucapión: las servidumbres discontinuas no se pueden ejercer ininterrumpidamente (art. 1.941); las servidumbres no aparentes no pueden poseerse materialmente ni de forma pública.

El sentido innato de la justicia, la exaltación de los *tria juris precepta* (*suum cuique tribure, alterum non laedere, honestum vivere*) se fomenta en todas las culturas desde la infancia. En el cristianismo los niños aprenden desde pequeños que las virtudes teologales (que hacen referencia a Dios, que son inherentes a la naturaleza humana) son básicas y que son cuatro: prudencia, *justicia*, fortaleza y templanza. Pero ya antes de la era cristiana se sostenía lo mismo en la Grecia pensante: Aristóteles en la «Ética para Nicómaco» expone el mismo inventario de virtudes necesarias para la buena convivencia social.

Es evidente que el sentido de lo que es justo es consustancial a la naturaleza humana. Por eso nunca dejará de escandalizar el que se pronuncien contra las exigencias de la justicia quienes debieran hacer un sacerdocio de su defensa. Siempre chirrían contra nuestro sentido innato de la equidad las decisiones del Poder, los fallos jurisprudenciales o los preceptos legales que den la espalda a las exigencias de la justicia y sacralicen resultados injustos.

Siempre asombrará que estrategias y habilidades procesales (patentadas por el legislador rituario) puedan prevalecer sobre la justicia intrínseca de una pretensión insatisfecha.

Y siempre desconcertará que la ley (que obliga a todos, incluidos los jueces) propugne soluciones en abierta contradicción con lo justo.

Este es el caso de la prescripción extraordinaria, cuyo único apoyo es el abuso, el delito continuado. Si la usurpación (delito) se prolonga durante un tiempo establecido, se convierte en derecho.

La prevalencia de un sistema de seguridad jurídica (germánico) sobre otro de proteccionismo a ultranza de la propiedad y demás derechos reales (sistema romano) porque aquél favorece el tráfico jurídico, debe tener sus

justos límites. Bien está la protección registral de los terceros adquirentes frente a las reivindicaciones de un propietario desposeído, porque a aquellos se les exige un sacrificio económico (adquirir a *título* oneroso) y además deben tener buena fe. También se exige título adquisitivo y buena fe en las prescripciones ordinarias. Por eso es aceptable que en ella prevalezca la seguridad jurídica sobre la justicia estricta. Pero en la prescripción extraordinaria sólo hay abuso y falta todo apoyo legitimador.

3. EL TERCERO HIPOTECARIO EN LA PRESCRIPCIÓN

El instituto de la prescripción lógicamente tiene que abocar a un concepto del tercero más flexible que el generalmente aceptado por los hipotecaristas, que, para elaborarlo, parten de contrastar negocios jurídicos enfrentados, de tal forma que se considera tercero al contratante con el titular registral que se relaciona con otros sujetos jurídicos, que han adquirido en virtud de distintos actos jurídicos.

En la prescripción extraordinaria el enfrentamiento no se produce restringidamente entre propietarios contractuales, sino entre un adquirente convencional (el tercero protegido que negoció con el titular registral) y un detentador audaz y sin título, ni buena fe, que es el usucapiente. Entre usucapido y usucapiente existe al menos una relación *de facto*, derivada de la posesión ejercida por este último. Y entre el usucapido y el tercero media una relación contractual, ya que ambos son parte del negocio dispositivo, en virtud del cual adquiere el tercero protegido. Éste, con respecto al usucapido, es parte contractual y es verdadero tercero con respecto al usucapiente, con el cual no ha tenido ningún entronque hasta que adquiere la finca.

IV. SUPUESTOS DE PRESCRIPCIÓN NOVEDOSOS

Es el artículo 1.938 del Código Civil el que da cobijo a los casos de prescripción no contemplados en este código básico.

Según este precepto:

«Las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción».

El artículo 1.938 nos aclara que las normas del título XVIII del libro IV del Código Civil, referentes a la prescripción, tienen un carácter general y supletorio y se aplican en defecto de otras reglas más concretas, bien del propio Código, bien de otras leyes especiales.

La locución «sin perjuicio» es suficientemente expresiva: las normas genéricas de los artículos 1.930 y siguientes no pueden perjudicar a las reglas más específicas que puedan contenerse en otros preceptos. *A sensu contrario* esas reglas especiales, al ser prevalentes, sí pueden perjudicar a las más genéricas contenidas en el título que analizamos del Código Civil, en el sentido de que, al aplicarse las disposiciones especiales, dejan de aplicarse las generales y supletorias.

Pero también es cierto, por el contrario, que en defecto de normas propias en otras ramas del Derecho, habrá que aplicar supletoriamente la regulación contenida en este título del Código Civil, dado el carácter de derecho supletorio que tiene el Código Civil con respecto a las materias que se rigen por leyes especiales.

Normas especiales (a veces discrepantes de las de este título) se contienen en la Ley General Tributaria y en otros textos fiscales.

La regulación del presente título del Código Civil conforma el que podríamos denominar derecho común sobre prescripción. Cualesquiera otras normas específicas se aplicarán preferentemente, quedando este título XVIII como general derecho supletorio de todos los cuerpos legales para colmar los aspectos que no estén regulados en los mismos (art. 4.º-3 del Código Civil).

Entre esas normas especiales podemos mencionar:

1. Artículos 43, 141, 279, 646, 762 del propio Código Civil.
2. También son aplicables, con carácter preferente, las normas sobre prescripción contenidas en los derechos forales.
3. Los artículos 942 y siguientes del Código de Comercio sobre prescripción de las acciones.
4. Artículos 64 y siguientes de la Ley General Tributaria sobre prescripción de las deudas tributarias.
5. Artículo 23 de la Ley 50/80 sobre seguro privado.

Se reafirma por esta norma el principio de que lo especial deroga lo general.

1. ESPECIALIDADES DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN Y LOS FONDOS DE PENSIONES

En base a una apreciación superficial podrían brindarse cómodas interpretaciones que pretendieran aplicar a estos productos financieros la regulación, aparentemente omnicompreensiva, de la Ley General Presupuestaria que establece una prescripción genérica de veinte años para los depósitos de cualquier especie (ya sean de dinero, de títulos-valores o de cualesquiera

otros bienes muebles) y también para las cuentas corrientes abiertas en entidades financieras.

Pero nada más lejos de la realidad, pese a las sugeridas similitudes corticales. Porque ninguno de los Fondos mencionados puede calificarse de depósito, ni mucho menos como cuenta corriente.

Evidentemente no constituyen ningún depósito. El partícipe aporta un dinero no para que se lo guarde y custodie el promotor del Fondo, ni tampoco la teórica entidad depositaria. Con el dinero colocado adquiere una cuota en el total patrimonio del Fondo; por lo tanto no se convierte, en virtud de la inversión, en un depositante, sino en un comunero o copropietario de un conjunto de bienes, en cuya universalidad ostentará una cuota o porcentaje. Es, pues, propietario de una participación. No ostenta frente a los gestores o depositarios un derecho personal (cual sería el supuesto de un depositante) sino que es titular de un derecho real, esgrimible *erga omnes*.

Tampoco está vinculado el partícipe según las pautas de la cuenta corriente, pues no se mueve por los cauces personales de la recíproca concesión de créditos, con cargos y abonos recíprocos, sino que, como hemos visto, es titular de un auténtico derecho real.

Así las cosas es forzoso orientarse hacia los moldes de la prescripción extintiva de los derechos reales. Normalmente habrá que aplicar las reglas de la prescripción de las acciones reales sobre bienes muebles, ya que la mayoría de los fondos están referenciados al dinero o a los valores mobiliarios. Y en contados casos, cuando se trate de fondos inmobiliarios, habrá que acudir a las normas de la prescripción de las acciones sobre bienes inmuebles.

En la prescripción de las acciones sobre bienes muebles, el cómputo del plazo prescriptivo se inicia desde el momento en que se pierde la posesión. ¿Este baremo es aplicable a los fondos de inversión?

2. LA POSESIÓN DE LAS PARTICIPACIONES

El partícipe *no posee*, ni natural ni civilmente. No posee físicamente el dinero de la inversión porque se ha desprendido de él, entregándose a la entidad financiera. Pero tampoco *posee* el título-valor representativo de sus participaciones porque actualmente no se elaboran documentos o pergaminos solemnes, sino que todo se materializa mediante anotaciones en cuenta. Desde la piedra de toque de la posesión natural, evidentemente carece de la mínima detentación física que justificaría, por abandono, una hipotética pérdida de la posesión.

¿Posesión del derecho? Esta subespecie de la posesión natural se caracteriza por el disfrute de un derecho. ¿Podemos detectar, en los partícipes, el goce de su derecho de copropiedad?

Se podría intuir débilmente en los fondos de reparto, ya que, al percibir periódicamente su porcentaje en los beneficios, evidentemente está percibiendo los frutos de su inversión.

Pero la inmensa mayoría de los fondos no son de reparto, sino de capitalización, de forma que los rendimientos o las minusvalías anuales se van aglutinando con el capital generador y los gastos dominicales sólo se advierten cuando se retira la inversión y se saluda a la Hacienda Pública.

3. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS

Sobre esta materia inciden decididamente los principios registrales. El sistema de anotaciones en cuenta es un sistema de inscripción. Y tanto se pueden inscribir los bienes inmuebles como los bienes muebles. De hecho, las anotaciones en cuenta de títulos-valores son registros de bienes muebles.

Pero en la normativa referente a los fondos de inversión y a los fondos de pensiones se advierten muy relevantes carencias, provenientes en gran parte de las deficiencias advertidas en las disposiciones que regulan las anotaciones en cuenta. Falta evidentemente el establecimiento de una estructura registral, de una regulación pormenorizada de los efectos de las inscripciones y la constatación de esta realidad nos permite invocar la ayuda de la preceptiva combinada del Código Civil y de la Ley Hipotecaria. El aval para esta actitud integradora de la legislación vigente nos lo suministra el párrafo 3.º del artículo 4.º del Código Civil: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

Y este prurito de colmar las lagunas legales se refrenda briosamente en el párrafo 1.º de este mismo artículo 4.º del Código Civil, que contiene una norma de rango general (aplicable a todas las ramas del Derecho) y de carácter imperativo: «*Procederá* la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

Las normas a que alude el precepto son *todas* las contenidas en el *total* derecho positivo español, tanto las ramas del derecho público como las del derecho privado. Y como la aplicación del Derecho debe ser integradora y sistemática, como el derecho positivo debe ser un todo armónico, es por eso que el legislador yusivamente (*procederá*) formula un mandato: si una disposición legal (entendida la expresión en sentido amplio) no regula un supuesto concreto que debe ser resuelto, basta con que los órganos encargados de aplicar las normas aprecien identidad de razón con el supuesto de hecho expresamente previsto en otro cuerpo legal para que obligatoriamente deban atenerse al criterio resolutivo de la analogía.

Pues bien, ni las leyes reguladoras de los fondos de inversión, ni las que organizan los fondos de pensiones, ni las que han generalizado el sistema de anotaciones en cuenta... ninguna de ellas contempla el supuesto específico de las relaciones entre inscripción y posesión y, sin embargo, esta orfandad es recusable porque provoca una lamentable laguna. De ahí que resulte inexcusable llamar en auxilio al párrafo 1.º del artículo 4 del Código Civil.

El supuesto semejante al ausente de regulación de los textos normativos de estas específicas inversiones, y en el que puede apreciarse identidad de razón para colmar el vacío legal, es el contenido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria: a todos los efectos legales (también a éste de la prescripción extintiva)... se *presumirá* (también aquí la redacción es imperativa) que quien tenga *inscrito el dominio* de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Esta norma es perfectamente subsumible en ese específico registro de las anotaciones en cuenta. Es decir, debe presumirse que quien tiene anotado el dominio de las participaciones (todo partícipe ostenta una cuota dominical en el patrimonio del fondo) tiene también la posesión de su participación.

Mientras la anotación subsista (aunque hayan pasado diez, veinte, treinta años) se presumirá que el partícipe tiene la posesión; pero si la tiene, no la ha perdido, y por tanto no puede empezar a computarse el plazo de la prescripción mientras la anotación no se cancele.

Este resultado guarda congruencia con la interpretación que la jurisprudencia más reciente hace de todos los negocios bancarios, en los que subyace la confianza que al cliente le merece la entidad crediticia: «Nunca podríamos estimar que el plazo de prescripción está corriendo mientras la deuda figurara en la contabilidad de la demandada. Lo que teniendo en cuenta la publicidad de las cuentas... supone un palmario y constante reconocimiento de la deuda por el deudor...». Y añade la sentencia del Tribunal Supremo de 26-VI-2001, P. señor Almagro Nosete: «Una cuenta corriente mercantil viva... está pendiente de liquidación hasta la reclamación misma» (3).

La anotación en cuenta, desde el punto de vista de la depositaria, equivale a un continuo e ininterrumpido reconocimiento de dominio, al constatar que la titularidad de determinadas participaciones corresponde a la persona registrada en los libros. Por tanto se habría producido una continuada y constante interrupción de la prescripción si ésta hubiera comenzado a producirse; pero falta el presupuesto de hecho, porque existiendo una posesión ininterrumpida en virtud de la presunción posesoria consustancial a la anotación, ni siquiera podría producirse el *dies a quo* del inicio del plazo prescriptivo.

(3) Sobre la problemática jurídica que suscita el sistema de anotaciones en cuenta, puede consultarse el espléndido trabajo de Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «Un nuevo Registro Jurídico de Bienes: el sistema de anotaciones en cuenta de valores», publicado en el núm. 593 de julio-agosto de 1989 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

En el Registro de la Propiedad podría darse una posesión fáctica (mediante la tenencia física de la finca por quien no es dueño de ella) contraria a la situación tabular, capaz de generar una usucapión *contra tabulas*. Pero tratándose del sistema de anotaciones en cuenta, es imposible que pueda producirse una contradicción entre la realidad extrarregistral y la situación virtual de los asientos. Sencillamente, porque al no existir títulos valores físicos que tengan la consideración de objetos mobiliarios, no existe nada susceptible de detentación física extrarregistral. La única posesión que cabe imaginar en este supuesto es la presuntiva del titular registral, a la que no puede oponérsele ninguna posesión extrarregistral, porque no hay en la realidad nada que poseer.

Tampoco posee la entidad depositaria. La ley, como es lógico, sólo preconiza una presunción posesoria a favor del dueño de las participaciones. Y, aunque existiesen participaciones físicas (que no es el caso), nunca las poseería el depositario en concepto de dueño y nunca podría usucapirlas. Y si deriva hacia su tesorería el importe de las participaciones ajenas, habrá cometido un delito de apropiación indebida, perfectamente tipificado en el Código Penal (4).

Y es que resulta absurdo seguir hablando de entidades depositarias cuando no hay ningún objeto mueble que custodiar. Lo que de verdad hay es una entidad que gestiona un patrimonio ajeno y por ello debieran desaparecer las entidades depositarias.

Este artículo confiere carácter supletorio a las disposiciones del Código Civil sobre la prescripción que, por su carácter general, han de ceder la prioridad a otras disposiciones más especiales.

Pero la norma no es excesivamente permisiva, ya que establece una reserva de ley. Las especialidades no pueden establecerse en reglamentos, órdenes, circulares... o normativas de rango inferior.

Esta jerarquía ineludible en el ámbito del derecho privado, se trueca en el campo del derecho fiscal. Porque el artículo 9 de la Ley General Tributaria, al establecer el orden de las fuentes del derecho tributario, sitúa a los reglamentos (generales o particulares de los diferentes tributos) por delante del Código Civil, al que sólo reconoce rango de derecho supletorio, en defecto de normas prevalentes del derecho fiscal.

Por eso importantes reglamentos fiscales (Reglamento General de la Inspección, Reglamento General de Recaudación) establecen específicos plazos de caducidad y de prescripción, cuya vigencia no se puede discutir, salvo que contradigan a una Ley superior del orden administrativo o fiscal, pues en ese caso serían redargüibles de nulidad por exigencias del principio de jerarquía normativa.

(4) El depositante nunca deja de poseer; posee por intermedio del depositario, que es un servidor de la posesión.

4. PRESCRIPCIÓN DE LOS DEPÓSITOS Y DE LAS CUENTAS CORRIENTES

El Código Civil contiene las líneas maestras, las jácenas, del edificio jurídico de la prescripción extintiva de los derechos personales. Pero no agota la materia, por cuanto leyes posteriores han incrementado el acervo normativo de la extinción de los créditos por mor del transcurso del tiempo.

Los supuestos de más relieve son: la prescripción de los Planes de Pensiones, la prescripción de los depósitos y cuentas corrientes bancarios, la prescripción de la deuda del Estado y la prescripción *contra tabulas* prevista en la legislación hipotecaria.

Prescripción de los depósitos bancarios

La prescripción provoca el contraste de dos opuestos derechos: el derecho a que le paguen que ostenta el acreedor en los derechos personales y el derecho a no pagar que adquiere el deudor como consecuencia de la prescripción extintiva con respecto a una obligación que hasta entonces estaba viva.

El derecho del acreedor para cobrar se extingue en los plazos establecidos por el derecho positivo. Y coincidiendo con el instante mismo de la pérdida de ese derecho, nace el opuesto derecho a no pagar. Por ello en los depósitos, cuentas corrientes... el derecho a no pagar sólo puede nacer a los veinte años de la última gestión realizada por el depositante, tal como establece el artículo 29 de la Ley General Presupuestaria, pues es entonces cuando se produce la extinción del derecho del depositante.

A) En los depósitos, tanto civiles como mercantiles, es preciso distinguir dos grandes especies: los depósitos regulares o depósitos de custodia y los depósitos irregulares o depósitos de uso. En los primeros (alhajas, títulos-valores individualizados, cosas muebles...) el depositario tiene obligación de restituir los mismos bienes que le entregaron para su custodia, conservando el depositante la propiedad de los mismos. Los segundos tienen por objeto bienes fungibles y la obligación básica del depositario consiste en restituir otro tanto de la misma especie y calidad, por cuanto adquiere, de momento, la propiedad de los bienes que le han sido entregados.

Esta diferencia podría producir el espejismo de estimar que en los depósitos regulares (con derecho de propiedad retenido por el depositante) podrían entrar en pugna dos sucesivos y contradictorios derechos reales: el de propiedad del depositante y el hipotético dominio adquirible por usucapión adversa del depositario que se apropia de los bienes depositados. Si ello fuese viable, traería como consecuencia una reducción del tiempo imprescindible para que nazca el derecho a no pagar, ya que la usucapión de bienes muebles,

aun adquiridos de mala fe, sólo precisa el breve lapso de tiempo de seis años, puesto que quien es dueño de una cosa no tiene que devolverla.

Creemos que este término atenuado para rehusar el pago (si la usucapión fuese viable, el depositario rechazaría la restitución de los bienes depositados, arguyendo que le pertenecían por haberlos adquirido en virtud de la usucapión) no puede prosperar por las siguientes razones:

1. Porque la relación depositante-depositario deriva de un especial contrato y consecuentemente la prescripción que afecta a esta relación jurídica es la referente a las acciones personales y no la propia de las acciones reales, que pueden ver atenuado su plazo por obra de una usucapión contradictoria más breve. Es decir, que el derecho a no pagar sólo podría nacer a los veinte años, pero con obligación de entregar los bienes al Estado.
2. No puede adquirir el depositario el derecho a no pagar en los breves plazos de la usucapión, porque no posee en concepto de dueño; porque es un servidor de la posesión y el dueño de los bienes o valores depositados los sigue poseyendo mediatamente, por intermedio del depositario; porque si éste quisiera hacer suyos los objetos depositados cometería el delito de apropiación indebida, tipificado en el Código Penal y en dicho supuesto (según el mismo Código Civil) había de esperar a que prescribiese el delito para comenzar el cómputo del plazo prescriptivo. El hecho de que el Código Penal hable de apropiación indebida es elocuente: implica que lo depositado no es del depositario, ya que nadie se *apropia* de las cosas que le pertenecen, sino de las que son de otro (vid. art. 535 del Código Penal).

El Estado disfruta de un llamamiento legal a la propiedad del depósito; a este respecto, la Ley General Presupuestaria es clara: el Estado sólo adquiere a los veinte años. Luego no le favorece el plazo de los quince años que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 14-XI-2001, basta para que se produzca la prescripción.

¿A quién pertenecerá el depósito en los diecisiete, dieciocho, diecinueve años? Evidentemente al depositante, que sólo dejará de ser titular del depósito cuando adquiera el Estado, cosa que no se produce hasta que no transcurran los veinte años exigidos por la Ley General Presupuestaria, más especial y posterior a la regla del artículo 1.969 del Código Civil.

B) Por el contrario, en el depósito irregular el dinero y los demás bienes fungibles son adquiridos en propiedad por el depositario, por lo que hay que descartar una posible usucapión adversa, que precisa de la ayuda del tiempo para consumarse, siendo así que el dominio lo adquiere el depositario *ab initio*. También en estos depósitos la relación jurídica discurre nítidamente

por los cauces de la prescripción de los créditos y el único plazo extintivo que puede postularse es de los veinte años que establece la Ley General Presupuestaria (aunque el Tribunal Supremo en sentencia de 14-XI-2001 consideró aplicable la prescripción de quince años a los saldos de las cuentas corrientes y de los depósitos, solución incompatible con lo expresamente establecido en la Ley General Presupuestaria). En conclusión: a los quince años no adquiere el depositario el derecho a no pagar, porque el derecho del depositante no ha prescrito (5).

Más acertada que la regulación de la Ley General Presupuestaria, que no profundizó en el estudio de la prescripción de los depósitos y sólo pretendió evitar apropiaciones indebidas por parte de las entidades financieras, es la decantada juridicidad del Código Civil. Este cuerpo legal ofrece soluciones avaladas por una tradición de muchos siglos y por tanto no incurre en los riesgos de la improvisación normativa. La fórmula del Código Civil (art. 1.972) se adecúa, además, al carácter indefinido que tienen las cuentas corrientes. El precepto es contundente: «El término de la prescripción de las acciones para exigir rendición de cuentas corre desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas».

La proclamación legal es lógica: mientras un administrador está realizando su trabajo no empieza a correr la prescripción; en cualquier momento de la relación jurídica existente se le pueden pedir aclaraciones, explicaciones e incluso reclamarle el pasivo si resulta deudor frente al administrado por su mala gestión.

Los bancos y las demás entidades financieras en cuanto propician los depósitos *administrados* son administradores de unos caudales ajenos. Y si no se busca una armonización entre los artículos 1.972 del Código Civil y 29.2 de la Ley General Presupuestaria se producirá la paradoja de que resultará de peor condición (en cuanto a la prolongación del plazo prescriptivo) un administrador particular, que gestiona la cartera de valores de un cliente, en contraste con un banco, una caja de ahorros..., a los que el propietario de acciones, obligaciones y participaciones en fondos les confía el cuidado de estos valores. Porque estas entidades disponen del escudo temporal del artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria, en tanto que el administrador doméstico ha de soportar una prescripción de su posible débito que se prolongará hasta quince años después de su cese como administrador. Lo cual es absurdo, pues las entidades financieras debieran hacerse acreedoras a la confianza que inspiran en el público y deben ajustarse siempre a los postulados de la buena fe y además disponen de más medios para cumplir sus obligaciones.

(5) Reproducimos aquí opiniones ya expuestas en la revista *La Ley* en el número de 15-V-2003.

5. EL DEPÓSITO EN ENTIDADES FINANCIERAS Y LAS CUENTAS CORRIENTES PRESCRIBEN A LOS VEINTE AÑOS

La prescripción de las acciones derivadas de estos negocios mercantiles es la de mayor duración dentro de nuestro derecho positivo y con referencia a los derechos personales.

Su longevidad extintiva deriva del artículo 29.2 de la Ley General Presupuestaria que constituye una singularidad prescriptiva admitida por el artículo 1.964 del Código Civil.

Además su vigencia viene avalada por el hecho de que el precepto de la Ley General Presupuestaria es más especial que el del Código Civil y porque se trata de una ley posterior en el tiempo a este cuerpo legal.

¿Es aplicable a los depósitos el plazo prescriptivo de quince años?

Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 14-XI-2001. Creemos que, en este concreto aspecto, no estuvo acertado dicho fallo y que el plazo para que se produzca la extinción del crédito de los depositantes es el de veinte años. Por estas razones:

- a) Porque el artículo 1.964 del Código Civil («Las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, prescribirán a los quince años») admite excepciones al plazo genérico de los tres lustros. Y por eso la Ley General Presupuestaria señala el término especial de veinte años.
- b) Porque la Ley General Presupuestaria, antes de atribuir los saldos de los depósitos y de las cuentas corrientes al Estado, exige que en el plazo de veinte años no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad. De aquí se deduce que el derecho (de propiedad o de crédito, según los casos) está vivo durante esos mencionados veinte años. Si el derecho se hubiese extinguido no se podría ejercitar. Sólo se ejercen las titularidades que están vigentes.

La premisa es tan evidente que, por ejemplo, a partir del año veinte quien podrá ejercitar el derecho será el Estado, nuevo titular de los bienes depositados.

La Ley General Presupuestaria es transparente y no se presta a oscuridades hermenéuticas ni a tanteos interpretativos. Si en el año 17, en el 18, en el 19... siguientes al inicio del plazo, el interesado realiza alguna gestión dominical, el lapso prescriptivo se interrumpirá.

El precursor Decreto-Ley de 24 de enero de 1928 ejemplariza algunos supuestos que implican el ejercicio del derecho del depositante (verbigracia, cobrar intereses ya devengados, solicitar un duplicado del título extravia-

do...). Y si estos trámites se pueden ejercer durante los años 16, 18..., es que el derecho está vivo, vigente.

Jurídicamente no es posible ejercitar un derecho ya extinguido. Luego si el depositante puede reclamar determinadas actitudes del depositario es porque su derecho permanece, porque no se ha periclitado a los quince años; porque su crédito dura veinte años y no quince.

6. EL EJERCICIO DE SU DERECHO DE PROPIEDAD

Al ser la relación existente entre el depositante y el depositario de carácter contractual y de índole creditual, puede extrañar que la Ley General Presupuestaria aluda al ejercicio del derecho de propiedad del depositante. Claro es que conviene distinguir las clases de depósito contempladas. En los depósitos regulares que recaen sobre cosas perfectamente especificadas, no hay que hacer ningún esfuerzo para aceptar que el depositante realiza gestos dominicales, pues en ellos conserva la propiedad de los bienes, hasta el punto de que el depositario debe devolver los mismos bienes depositados, que tiene obligación de conservar hasta el momento de la devolución.

En el depósito irregular de cosas fungibles es más difícil asumir la literalidad del artículo 29 de la Ley General Presupuestaria, sobre todo si limitamos el concepto de la propiedad al estricto artículo 348 del Código Civil que, evidentemente, se refiere a la titularidad de las cosas corporales y en estos depósitos la adquiere el depositario, sólo obligado a restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

Sin embargo, aun en este supuesto conceptualmente hostil cabe llegar a una inteligencia constructiva de dicho precepto. Es cierto que en los depósitos de dinero y similares lo que visiblemente ostenta el depositante es un derecho de crédito. Pero se puede admitir que actúa como propietario, al requerir al depositario, si aceptamos un concepto lato de la propiedad. Recuerdese que VENEZIAN definía la propiedad como la relación de la persona con la cosa o con los *derechos*. Este concepto es omnicompreensivo y en él puede subsumirse la relación que tiene el depositante con su *derecho de crédito*. Por su parte, reconoce CASTÁN que la propiedad, en sentido amplio, tiene un significado de *pertenencia*; evidentemente, al depositante le pertenece el crédito que ostenta frente al depositario.

Porque lo que el legislador pretende, al referirse al «ejercicio del derecho de propiedad» del depositante, es robustecer su posición y dotarla de mayor énfasis que el mero vínculo creditual para que sus derechos no sean fácilmente eludidos.

Y es que es cierto que, tratándose de los depósitos irregulares, no podría sustentarse una significación estricta del derecho de propiedad, dada la difi-

cultad que representaría la constitución de un derecho real sobre las cosas genéricas. ¿Cómo predicar las características de los derechos reales (inmediatez, reipersecutoriedad...) sobre una tonelada de un producto no individualizado o sobre un caballo no especificado de una cuadra colectiva? Es muy difícil imaginar la propiedad de partes de un género no identificados específicamente.

Debería alentar en la custodia de fondos ajenos una diligente exquisitez por parte de las entidades financieras. Y ello como correspondencia a la *confianza* que todos, particulares y organismos públicos, depositan en los entes crediticios. Nunca debieran defraudar la fe comercial, verdadero quicio del negocio de bancos y cajas de ahorro.

Un botón de muestra de la confianza que el legislador confiere a estas sociedades e institutos podemos rebuscarlo entre los textos más modernos del derecho positivo español.

Lo encontramos en el artículo 10 del Real Decreto de 3-IV-1987, referente a la liquidación de los importes efectivos por pago de intereses o por amortización de las anotaciones en cuenta de Deuda del Estado.

Si un paquete relevante de Deuda del Estado está suscrito por un grupo numeroso de inversores, catalizados desde una importante entidad gestora, por economía contable y por simplicidad burocrática, el Estado, al tomar en cuenta las liquidaciones que ha de efectuar, no se pone en contacto privado con ese cúmulo de particulares, sino que minimiza su esfuerzo y se entiende directamente con la entidad, instando que ésta actúe en nombre de los titulares de los derechos.

El artículo 10 denota claramente esta estrategia: «La liquidación se realizará en la cuenta de efectivo de los titulares de las cuentas en la Central de anotaciones, por la cantidad que corresponda a la totalidad de sus saldos, tanto *de su propia cartera, como de sus comitentes*. Las entidades gestoras *harán seguir* (obligación imperativa) *a sus comitentes* los importes líquidos que les correspondan» (este desvío hacia los clientes de las liquidaciones que les pertenecen demuestra elocuentemente que el Fisco no les reembolsa sus créditos directamente, sino que se vale de la intermediación apuntada).

RESUMEN

PRESCRIPCIÓN DE LOS DEPÓSITOS

Que el depositario pudiera apropiarse los bienes depositados ante la falta de reclamación del depositante sería propiciar los despojos desde una legislación perniciosamente permisiva. Sería algo

ABSTRACT

DEPOSIT EXPIRATION

To allow a depositary to appropriate deposited assets unclaimed by their depositor would be to propitiate plundering through perniciously permissive legislation. It would be as uncalled-for and as

tan desmesurado y tan absurdo como si la ley permitiese que un registrador de la propiedad se apropiase de los bienes inscritos en su oficina ante la falta de operaciones durante algún tiempo.

De la interesante sentencia del Tribunal Supremo sólo discrepamos en el aspecto referente al plazo de prescripción aplicable a los depósitos. Creemos que este plazo es el de veinte años, y no el de quince que preconiza la sentencia, por varias razones:

1.^a Porque el artículo 1.964 del Código Civil, que establece el lapso de quince años como general para los créditos, permite que otras disposiciones establezcan plazos diferentes y esto es lo que hace la Ley General Presupuestaria al fijar el de veinte años.

2.^a Porque la Ley General Presupuestaria dispone que sea el Estado el que adquiera los depósitos prescritos, pero sólo cuando hayan transcurrido veinte años; si la acción del depositante prescribe a los quince años, el depositario dispondría de una excepción para oponerse a cualquier reclamación del depositante y sin embargo no adquiriría los bienes depositados porque a su titularidad es llamado el Estado (pero no todavía).

El depositario no posee en concepto de dueño, ni con buena fe y por tanto nunca podría usucapir los bienes en los depósitos regulares cerrados y sellados.

Si el depositario pretende hacer suyo el depósito estará cometiendo un delito de apropiación indebida previsto en el artículo 535 del Código Penal.

En realidad el depositante nunca habrá perdido el dominio de los bienes depositados, porque, para que esa pérdida se produzca, es necesario que haya cesado en la posesión de los bienes; pero esto no ha ocurrido, porque él ha poseído mediatamente a través del depositario durante todo el tiempo del depósito.

absurd as if the law were to allow property registrars to appropriate for themselves any property registered at their office that is not involved in transactions for some length of time.

From the Supreme Court's interesting sentence we differ only on the point referring to the term applicable to the lapsing of deposits. We believe that this term is twenty years instead of the fifteen the sentence advises, for several reasons:

1. Because article 1964 of the Civil Code, which establishes the fifteen-year lapse as the general term for credits, allows other provisions of law to establish different terms, and this is what the National Budget Law does in setting the twenty-year term.

2. Because the National Budget Law states that it is the State who acquires lapsed deposits, but only when twenty years have passed; if the depositor's action lapses after fifteen years, the depositary would have recourse to an exception to oppose any claim by the depositor, but even so it would not acquire the deposited assets, because the State is to acquire their ownership (albeit not yet).

The depositary does not possess as an owner, or in good faith, and therefore it can never acquire by usucaption assets contained in regular, closed, sealed deposits.

If a depositary attempts to take over a deposit, it will be committing an offence of misappropriation under article 535 of the Penal Code.

Actually, the depositor will never have lost ownership of the deposited assets at all, because, in order for such a loss to occur, the depositor must have ceased to possess the assets; but this has not happened, because the depositor has possessed them through the mediation of the depositary during the entire time of the deposit.

Si el depositario pudiese usucapir los bienes (lo que no es posible) su tiempo adquisitivo debería computarse (art. 1.956 del Código Civil) varios años después de la apropiación, una vez que hubiese prescrito el delito cometido.

If the depositary can acquire the assets through usucaption (which is not possible), its time of acquisition would have to be calculated (Civil Code, article 1956) several years after the appropriation, following the lapse of the offence it would have committed.

(Trabajo recibido el 21-12-2006 y aceptado para su publicación el 20-06-2007)