

La usucapión *contra tabulas* (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. REGULACIÓN LEGAL.—III. EL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL: A) LA INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO: 1. *La posición del profesor Luna*. 2. *La interpretación de MenéndezHernández*. 3. *Las concepciones bipolares de Azpiazu y Reza Ulloa*. 4. *La presumible posición de Porcioles*. 5. *La necesaria depuración o expurgo del artículo 1.949 del Código Civil*. 6. *La hipótesis fáctica y el contenido normativo del precepto*. B) LA POSIBLE VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA: A) EL ÁMBITO NORMATIVO DEL PRECEPTO. B) EL PROBLEMA DE SI ES POSIBLE LA BUENA FE CONTRA LOS PRONUNCIAMIENTOS TABULARES: 1. *En cuanto a las consideraciones generales*. 2. *En cuanto a la distinción que debe hacerse*. C) Los REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO: 1. *El conocimiento de la situación posesoria*. 2. *Contenido del conocimiento posesorio, referencia temporal y prueba*. 3. *Oposición a la posesión contraria. Cómputo del plazo*. D) VALORACIÓN CRÍTICA.

I. PLANTEAMIENTO

Las relaciones entre prescripción y Registro son siempre tensas y polémicas. La posesión asegura el interés estático de las situaciones de hecho; el Registro, la seguridad dinámica del tráfico jurídico. La coexistencia de ambas instituciones supone una confrontación permanente entre la protección civil fundada en la publicidad posesoria y la tutela hipotecaria basada en la publicidad registral. Y bajo esa confrontación subyace, además, un problema ético: el enfrentamiento entre un titular tabular que accede al Registro cumpliendo todos los presupuestos de legalidad, y un usucapiente que aspira a adquirir el dominio a través de actos usurpatorios o que, en el mejor de los casos, dispone únicamente de un título de validez claudicante.

(*) Ponencia presentada en el IV Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad, Costumbre y Prescripción. Universidad de Salamanca. Salamanca. 25-28 de mayo de 2004.

En los sistemas de inscripción declarativa, en que los derechos nacen al margen del Registro, el legislador, para superar el conflicto, suele establecer soluciones de compromiso que, por serlo, resultan generalmente insatisfactorias.

II. REGULACIÓN LEGAL

La usucapión *contra tabulas* aparece regulada en los artículos 1.949 del Código Civil y 36 de la Ley Hipotecaria.

Código Civil:

1.949. Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo.

Ley Hipotecaria:

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

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición.

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

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

III. EL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL

Su tratamiento plantea un doble problema: el problema de su interpretación y el problema de su cuestionable vigencia.

A) LA INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO

La labor interpretativa se ve dificultada, en este caso, por la imposibilidad de materializar en la práctica el supuesto fáctico que plantea, lo que, a su vez, influye en la determinación de quién sea el misterioso tercero al que se refiere su texto.

En el sistema registral español rigen los principios de prioridad y tracto sucesivo. El principio de prioridad impide que en el folio tabular de una finca figuren titularidades contradictorias de dominio (1). Según el principio de tracto sucesivo (2), para inscribir un título traslativo de propiedad es necesario que el título dominical conste previamente registrado a favor del transferente.

Pues bien, a tenor del artículo 1.949 del Código Civil, para que la prescripción ordinaria contra un título inscrito en el Registro pueda perjudicar a tercero, es necesaria la registración del justo título del usucapiente. Sin embargo, de acuerdo con aquellos principios, *esta previsión es imposible*. Si el usucapiente no trae causa del titular inscrito, nunca podrá intabular su título. Únicamente podrá hacerlo si es causahabiente del titular registral, pero, en este caso, el instituto de la prescripción sólo será útil si hubiera adquirido en virtud de un título de validez claudicante, hipótesis alejada del precepto legal, cuyos términos —«contra un título inscrito»— arguyen oposición entre el titular intabulado y el que posee contra su voluntad. De otro lado, si el usucapiente registra su título, nunca podrá existir tercero inscrito a quien perjudicar, porque a éste, que trae su derecho de persona distinta del prescribiente, le estará vedado, a consecuencia de aquella intabulación, el acceso al Registro (3).

(1) Cfr. artículo 17 LH.

(2) Cfr. artículo 20 LH.

(3) Cfr. VILLARES PICO, «La posesión y el Registro», en *RCDI*, año 1947, págs. 414 y 415. ALBALADEJO, «Artículo 1.949», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1993. Tomo XXV, vol. 1, pág. 296. nota I. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, «Artículo 1.949», en *Comentario al Código Civil*, Editorial Bosch. Tomo IX, Barcelona, 2000, págs. 456 y 458 a 460.

1. *La posición del profesor Luna*

LUNA SERRANO (4) mantiene una concepción bipolar del precepto, el cual, a su juicio, enfrenta al usucapiente con un titular registral que tiene la condición de tercero hipotecario: adquirente de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparecía en su día con facultades para transmitir. El artículo 1.949, en su opinión, exige la inscripción del justo título del usucapiente, para que éste pueda *iniciar* (5) la prescripción ordinaria frente a un tercero registralmente protegido que tiene intabulado a su favor el dominio sobre el mismo inmueble.

«De este modo —nos dice— según la previsible significación del precepto en la intención del legislador, la prescripción adquisitiva ordinaria de un bien inmueble... contra el titular que lo tiene inscrito a su favor, sólo podría llegar a prevalecer si éste, que... ha tenido ocasión de impugnar... la inscripción practicada en el folio de la finca a favor del usucapiente, adopta una postura de permisión o pasividad, puesto que en este caso, como determina el precepto examinado, operaría la prescripción adquisitiva a partir del momento de la inscripción del título del usucapiente» (6). Por el contrario, de no reunir el titular inscrito la condición de tercero hipotecario, la usucapición del poseedor del inmueble podrá consumarse, de acuerdo con las normas generales, aunque éste no tenga registrado su título adquisitivo (7).

Para LUNA, por tanto, los términos del artículo 1.949 «contra un título inscrito» y «en perjuicio de tercero», se refunden —y de ahí la bipolaridad— en la expresión «contra un título inscrito cuyo titular ostente la condición de tercero». Dicho precepto, en suma, se refiere «a la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar... frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara» (8).

Esta interpretación no puede ser aceptada:

- a) De entrada, no resuelve los problemas de imposibilidad fáctica: un usucapiente que no traiga causa del titular inscrito nunca podrá, como vimos, registrar su justo título, porque a ello se oponen los principios de prioridad y tracto sucesivo. Tan sólo podrá hacerlo —decíamos—

(4) Cfr. «Artículo 1.949», en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 2117-2120.

(5) Para LUNA, los posibles supuestos de prescripción *contra tabulas* pueden ser diferentes, en atención «al momento en que se practica la inscripción en contradicción con la cual se pretende... hacer prevalecer la usucapición, o *anterior al... comienzo, según previene la regla comentada de la prescripción*» (*ibidem*, pág. 2118).

(6) *Ibidem*, págs. 2117 y 2118.

(7) Cfr. *Ibidem*, pág. 2118.

(8) *Ibidem*, pág. 2119.

en el caso de que resulte causahabiente del titular intabulado, y en virtud de un título de validez claudicante que es el que eventualmente haría útil el instituto de la prescripción. Pero esta hipótesis, a la que nos referiremos más tarde, no es precisamente la que contempla el precepto, que al iniciarse con la frase «contra un título inscrito», presupone contradicción entre el titular registrado y el que posee contra su voluntad (9).

- b) No debe exagerarse el alcance del principio de publicidad registral. No hay razón alguna para proteger especialmente al titular inscrito —sea o no tercero hipotecario— frente al *inicio* de una usucapión basada en una posesión ostensible, pública y continuada que, a lo largo de diez años, es fácilmente detectable y susceptible de interrupción.
- c) La interpretación que comentamos —como todas las concepciones *bipolares*— fuerza la construcción gramatical del texto: el artículo 1.949 contempla *tres personas distintas*: el usucapiente (B); el titular registral contra el que se prescribe (A) y el tercero que eventualmente puede resultar afectado (C). LUNA refunde arbitrariamente los sujetos A y C en un solo sujeto: el titular intabulado contra quien se prescribe, que, a la vez, tiene el carácter de tercero hipotecariamente protegido.

Sin embargo, la tesis del profesor LUNA SERRANO fue acogida plenamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992 (10). El supuesto fáctico es el siguiente: A vende a C la mitad indivisa de un predio en escritura pública autorizada el 4 de diciembre de 1968, inscrita en el Registro el 11 de agosto de 1969. En ejecución de sentencia en procedimiento ejecutivo, se otorga en favor de B escritura de venta de la finca, el 13 de septiembre de 1974. Dicho procedimiento tuvo como origen una hipoteca en garantía de un préstamo concedido a A por una entidad financiera, «préstamo que según parece se formalizó con fecha 29 de diciembre de 1969, resultando en los autos muy dudosa esta fecha, así como la de su inscripción en el Registro, 4 de enero de 1968» (*sic*). B aporta el predio a la Sociedad D en escritura de 30 de octubre de 1974, momento en que ésta inicia la posesión. Ni B ni D «lograron la inscripción registral a su favor de la cuestionada finca». El Tribunal *a quo* declara probado que en C concurren todos los requisitos que enumera el artículo 34 LH para que pueda ser reputado como tercero hipo-

(9) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*, pág. 460.

(10) Suscrita, como Ponente, por el señor BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE y además por los señores FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, MARTÍNEZ CALCERRADA, GULLÓN BALLESTEROS y MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE.

tecario y, obviamente —aunque no se nos explique el porqué— lo considera no afectado por la eventual inscripción del gravamen hipotecario.

En el Fundamento segundo, frente a la acción declarativa de dominio promovida por D contra C, en base a la prescripción adquisitiva de la finca, la sentencia califica el supuesto fáctico y su tratamiento legal en los siguientes términos:

«Nos encontramos por tanto frente a una usucapión contra tabulas, ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca por aquél que se dice poseedor sin título inscrito, y datando su posesión de una fecha posterior a la inscripción registral del titular protegido. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia interpretativa de los preceptos sustantivos es terminante en la materia: declaran la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles, frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales. O dicho de otro modo, en contra del tercero, el artículo 1.949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria contra tabulas, admitiéndola sólo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente, valiendo la posesión anterior sólo a efectos de la prescripción extraordinaria. Esta doctrina aparece clara y terminante en los textos legales, así como en la interpretación jurisprudencial, habiendo intentado oscurecerla la parte recurrente, al desvirtuar el concepto del “tercero” que el legislador ha querido señalar para estos casos. Los artículos 462 y 1.949 del Código Civil se refieren a la prescripción ganada “en perjuicio de un tercero”, y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sea pensando en el concepto de “tercero hipotecario”, de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe ser así, pues ambos preceptos sustantivos se están remitiendo “a lo dispuesto en la LH” (art. 462), y a los efectos a producir “contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad” (art. 1.949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del artículo 36 LH cuando textualmente se refiere “a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34”; requisitos que sitúan a esta concreta figura del tercero en una posición privilegiada, pues cuando no concurre en él tal condición la prescripción adquisitiva del poseedor del inmueble opera aunque éste no tenga inscrito su título adquisitivo, con arreglo a lo que disponen las normas generales

contenidas en los artículos 447, 1.930, 1.940 y 1.957 del Código Civil; carácter normal o común del prescribiente que sanciona el artículo 36.3 LH en contraposición con las especiales exigencias y condiciones requeridas para la defensa del tercer hipotecario, que anteriormente hemos señalado.

En el caso que nos ocupa, los demandados gozan, según la declaración terminante contenida en la sentencia recurrida, de la condición de terceros hipotecarios, y la inscripción registral de su finca tuvo lugar el día 11 de agosto de 1969; el demandante afirma que empezó a poseer el inmueble el día 30 de octubre de 1974, sin que hasta la fecha haya inscrito su título posesorio; así pues, la prescripción alegada necesariamente tiene que estar comprendida negativamente en el artículo 1.949 del Código Civil, sin que pueda perjudicar a los terceros inscritos, ya que aún no se han dado las condiciones precisas para empezar a correr el tiempo de la prescripción, y no cabe hablar de la posible aplicación de las reglas contenidas en el artículo 36 LH, pues cuando la finca fue adquirida por el matrimonio demandado (4 de diciembre de 1968), la supuesta prescripción adquisitiva “ni estaba consumada, ni en vías de consumarse dentro del año siguiente”, ya que se inicia la posesión por parte de la entidad actora casi seis años después (30 de octubre de 1974); y, finalmente, el párrafo 3.º del citado artículo es inoperante frente a los demandados, que, como hemos visto, tienen la consideración de terceros hipotecarios, y no les son por tanto de aplicación las reglas de la legislación civil».

A la sentencia debe oponerse una doble objeción:

- a) Cuando el usucapiente (D) trae causa de B, y no del titular inscrito (C), no puede exigírsele la registración de su título, porque se trataría de una exigencia imposible, por contraria a los principios de prioridad y tracto sucesivo.
- b) La Sala yerra en el razonamiento final: «El párrafo 3.º del citado artículo (se refiere al 36 de la LH: “En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble...”) es inoperante frente a los demandados, que, como hemos visto, tienen la consideración de terceros hipotecarios, y no le son por tanto de aplicación las reglas de la legislación civil». Se incurre así en un error respecto de la noción de tercero y del supuesto fáctico en que descansa el artículo 1.949 del Código Civil. Frente a la posible resolución o anulación del derecho del vendedor A, C es claramente un tercero protegido por el artículo 34 LH, pero frente a la prescripción *que se inicia y consuma* contra su titularidad dominical inscrita, C *no es tercero sino parte*. Así luce de forma

«clara y terminante en los textos legales»: párrafo final del artículo 35 de las Leyes Hipotecarias de 1861, 1869 y 1909; artículo 1.949 del Código Civil y párrafo tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria de 1944-46. El que figure inscrito el dominio —escribe ROCA (11)— no es obstáculo para que otra persona distinta del titular registral pueda adquirirlo por vía de usucapión. Mientras la prescripción se está desarrollando, el usucapiente y el titular inscrito no son terceros entre sí, sino partes. «La prescripción *contra tabulas* se acepta sin limitación en las relaciones *inter-parte*». Quien deja prescribir voluntariamente su derecho, no puede aspirar a más, ni a nuevas defensas» (12).

2. La interpretación de Menéndez Hernández

Para este comentarista el «supuesto fáctico del artículo 1.949 del Código Civil es el siguiente: el tercero adquirente 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» (13).

MENÉNDEZ reconoce sin ambages que la situación de hecho que contempla el artículo 1.949 es imposible o inviable (14) «por la dificultad que provoca el principio de tracto sucesivo. Un dueño anterior transmitió al tercero hipotecario y si su contradictor 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 por una prescripción innecesaria» (15). Además, el hecho de que la venta del que usucape tenga que ser otorgada por el tercero intabulado —dados los requerimientos del tracto sucesivo— «resulta ilógico por cuanto el precepto presupone una oposición entre el tercero inscrito y el que posee contra su voluntad» (16).

(11) Cfr. *Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo I, págs. 655-658.

(12) PORCIOLES COLOMER, «La prescripción y el Registro de la Propiedad», en *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*, Colegio Notarial de Barcelona, 1945, pág. 189.

(13) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*, pág. 455.

(14) Cfr. *Ibidem*, págs. 458, 459 y 460.

(15) *Ibidem*, pág. 456.

(16) *Ibidem*, pág. 460.

A juicio de MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, el artículo 1.949 del Código Civil sólo puede tener aplicación en un supuesto: «el de doble venta apoyada, a su vez, en una doble inmatriculación» (17). A vende a B y posteriormente a C, y por adulteración de linderos o manipulaciones descriptivas, cada una de las ventas se intabula en folios diferentes. A «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» (18).

Ahora bien —continúa— según jurisprudencia reiterada, en los supuestos de doble inmatriculación se neutralizan los efectos registrales de las inscripciones contradictorias. La resolución del problema hay que deferirla al Derecho Civil puro y, por tanto, al artículo 1.473 del Código Civil, el cual «declara, sin paliativos, que la propiedad *pertenecerá* por lo normal al que antes *la haya inscrito* en el Registro de la Propiedad». Después, la posible usucapión del comprador que inscribe en segundo lugar frente al primer intabulado, a quien dicho precepto atribuye el dominio, ha de resolverse igualmente acudiendo a los pronunciamientos civiles. «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» (19).

Como dato curioso debemos destacar que el comentarista MENÉNDEZ HERNÁNDEZ —ahora en su condición de Ponente— aplica estrictamente el criterio interpretativo que dejamos expuesto en la sentencia de la Sala Primera de 19 de julio de 1999. En ella, además, se sienta una interesante doctrina: en los supuestos de doble inmatriculación, la neutralización de los efectos hipotecarios de los asientos contradictorios no debe confundirse con la anulación de los mismos. Los asientos contrapuestos, aunque vacíos desde el punto de vista jurídico-registral, continúan vivos a efectos civiles y, por tanto, esa neutralización hipotecaria no impide la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil que, en los supuestos de doble venta, atribuye la propiedad a quien primero inscriba.

El criterio interpretativo que venimos comentando no puede, sin embargo, admitirse:

- a) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ limita la aplicabilidad del artículo 1.949 al supuesto de doble venta seguido de *doble inmatriculación*. Pero es impensable que tal precepto haya sido diseñado para una hipótesis

(17) *Ibidem*, págs. 456 y 457.

(18) *Ibidem*, pág. 457.

(19) *Ibidem*, págs. 456 y 457.

que no sólo es excepcional sino que representa una desviación patológica en los sistemas registrales de folio real.

- b) Es obvio, que al seguir el Derecho Hipotecario español el modelo de folio real, el artículo 1.949 reclama que los asientos del usucapiente, del titular contra el que se prescribe y del eventual *tercero figuren en la misma hoja registral*. Los principios de publicidad y fe pública actúan en relación al folio tabular de la finca correspondiente. Es lógico —escribe ROCA— que el tercer adquirente sólo deba tener en cuenta el contenido del folio abierto a la finca sobre la cual opera, «pues en dicha hoja se concentra el historial jurídico de la finca en cuestión, a base de la cual efectúa su adquisición dicho tercero, de modo que lo que no conste en ella debe reputarse inexistente frente al mismo. De lo contrario debería obligarse al tercero a consultar todo el Registro, lo cual es inadmisibile» (20). El propio MENÉNDEZ admite que, «dado el sistema de 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 de 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 usucapiente. 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» (21). Además —reconoce— cuando la doble venta no está diseminada en una doble inmatriculación no puede 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 resulte ilógico por cuanto al precepto presupone una oposición entre el tercero inscrito y el que posee contra su voluntad» (22).

3. Las concepciones bipolares de Azpiazu y Reza Ulloa

a) AZPIAZU (23) parte también de una construcción bipolar y sostiene, apoyándose en el artículo 1.949 del Código Civil y con una orientación máxi-

(20) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 420.

(21) *Op. y loc. cit.*, pág. 458.

(22) *Op. y loc. cit.*, pág. 460.

(23) Cfr. «¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?», en *RCDI*, año 1946, págs. 731-736.

malista, *que no cabe la prescripción ordinaria contra el titular registral*. Su posición, expuesta de una forma un tanto inconexa, podría sistematizarse del modo siguiente.

La expresión «contra un título inscrito» arguye la idea de contradicción y excluye que el precepto se esté refiriendo a la usucapión convalidante. El artículo 1.949 contempla el supuesto de un usucapiente que no trae causa del titular inscrito, y entiende por tercero al tercero del artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861, es decir, al «que no ha intervenido en el acto o contrato».

Las frases «contra un título inscrito», «en perjuicio de tercero» y, en suma, el artículo 1.949, se interpretan del modo siguiente: frente a un título intabulado cuyo titular es obviamente tercero en relación al prescribiente al no haber concurrido a la formación del justo título, no cabe la prescripción ordinaria salvo en el caso de que resulte igualmente inscrito el título del usucapiente. Y como esta inscripción no es posible por exigencias del principio de tracto sucesivo (24), ha de concluirse que contra cualquier titular registral no tendrá lugar la prescripción ordinaria.

En otro caso —señala— el principio de legitimación registral «se nos quedaría maltrecho».

«Pues decimos nosotros: si se presume que el derecho pertenece al titular registral, de modo que se reputa que su derecho existe y es suyo; si los pronunciamientos del Registro deben ser ciertos y hacer fe como si concordaran con la realidad; si el Registro es exacto e íntegro, mientras judicialmente no se declare lo contrario, eso será —de admitirse la tesis que combatimos— siempre que el titular no se enfrente con una prescripción ordinaria, pues para este prescribiente ni es íntegro, ni es exacto, ni en ninguna manera le afectan esos cacareados pronunciamientos registrales.

Para ese resultado no merecería la pena de haber llevado al papel esa tan rotunda y sonora literatura jurídica (25).

La tesis de AZPIAZU presenta los inconvenientes ya conocidos de las concepciones bipolares. No se debe forzar el sentido gramatical del texto, ya que el artículo 1.949 presupone no sólo dos, sino tres sujetos autónomos y distintos: titular tabular, usucapiente y tercero. No cabe integrar dentro del contenido normativo del precepto una condición imposible. Y en fin, ninguna razón de seguridad jurídica o tutela del tráfico, reclama una especial protección para el titular registral contra el que se inicia el proceso prescriptivo.

(24) Salvo, lógicamente, el caso de prescripción convalidante, en que el usucapiente pueda inscribir su título al traer causa del titular tabular, en virtud de un título anómalo o defectuoso.

(25) *Ibidem*, pág. 736.

b) De la crítica exposición de REZA ULLOA (26), cabe destacar los siguientes extremos. La frase *no tendrá lugar* equivale a decir *no se consumará*. El artículo 1.949 del Código Civil es una excepción al artículo 1.940 del mismo cuerpo legal, y no se refiere a la usucapión consumada sino a los requisitos para que se produzca la prescripción. La usucapión consumada, en cuanto título dominical, se rige por el artículo 606, según el cual los títulos de dominio que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero.

Contra un título inscrito no puede usucapirse de forma ordinaria si el usucapiente no inscribe su justo título. Ciertamente —reconoce— «no será normalmente posible» esta inscripción en los casos en que «el dueño inscrito no actúa como transmitente» (27). Pero, a pesar de esta imposibilidad, debe mantenerse la exigencia del Código porque así lo demanda el principio de publicidad: siendo la posesión el único factor que produce la prescripción extraordinaria, el Código no distingue, al ocuparse de ella, entre títulos inscritos o carentes de inscripción; entonces la sola posesión vence tanto al dueño inscrito como al no intabulado. Pero coadyuvando «a la consumación de la ordinaria el justo título, si éste no está inscrito, si el Registro no lo da a conocer, el Código, en fiel acatamiento al principio de publicidad, sienta la presunción *iuris tantum* de que el titular inscrito desconoce su existencia y le pone a cubierto contra la consumación de la prescripción ordinaria y por esa presunción fija como día inicial para correr el tiempo el de la inscripción del justo título» (28).

Ahora bien, si el artículo 1.949 del Código Civil contempla únicamente —en una construcción bipolar— al usucapiente y al titular inscrito, ¿cómo se explica la frase *en perjuicio de tercero*? REZA intenta aclararlo del modo siguiente:

«El artículo 1.949 no pudo hacer la declaración general de que contra todo título inscrito no se consumará la prescripción ordinaria que no se ajuste a su contenido, sino que tuvo que intercalar la expresión *en perjuicio de tercero*, porque de lo contrario podría el adquirente escudarse en la prescripción frente a su transmitente. Si la transmisión la realiza el titular inscrito y es legítima, el adquirente ningún provecho obtiene contra aquél de la prescripción; si el justo título carece de consentimiento, objeto o causa en la persona del transmitente, la prescripción no prevalece contra éste, puesto que el justo título no es bastante legalmente para transferir el domi-

(26) Cfr. «Temas de prescripción», en *RCDI*, año 1953, págs. 446-456.

(27) *Ibidem*, pág. 447.

(28) *Ibidem*, pág. 447.

nio, conforme al artículo 1.952. En este caso, sólo cabe la prescripción extraordinaria. De aquí deriva la expresión «en perjuicio de tercero» (29).

Esta explicación no es de recibo. El artículo 1.949 del Código Civil —a diferencia de lo que hará el 35 de la Ley Hipotecaria de 1944-46— no convierte la inscripción en justo título. Si el adquirente deriva su relación con el *tradens* a través de un título inexistente o radicalmente nulo, no hace falta referirse al tercero ni utilizar cautela alguna: el *accipiens* no puede usucapir en forma ordinaria contra nadie (30).

Para REZA, por otra parte, la común opinión doctrinal según la cual contra el titular inscrito puede iniciarse y consumarse la usucapión conforme a la legislación común, sin especialidad hipotecaria de clase alguna, se basa en una interpretación errónea del párrafo final del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861.

«Al artículo 35 de la Ley Hipotecaria se le adicionó un primer párrafo en la reforma del año 69. Hasta esa fecha sólo se contraía a la prescripción ordinaria, declarando que en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se *calificará* el título y se *contará* el tiempo conforme a la legislación común. Me resisto a ver en ese párrafo la idea de que "en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se consumará la prescripción —era en principio sólo la ordinaria— conforme a la legislación común". Si tal fuese el propósito de los autores de la primitiva Ley, lo hubiesen dicho en la fórmula tan sencilla que dejo propuesta. El objeto de esa disposición es otro. Al introducirse en el Derecho Civil vigente en 1861, la trascendental reforma contenida en el artículo 35, en materia de consumación de la prescripción ordinaria... el legislador... adoptó la elemental medida de previsión de remitirse en orden a la calificación del título y cuenta del tiempo a lo dispuesto por la Ley común presente o futura; resolviendo anticipadamente cualquier duda sobre tales particulares. Por eso, el Código, al incorporar dicho artículo al 1.949 dejó en puerta el último de los párrafos del primero. Llevada a efecto la codificación civil, la duda se consideró de imposible planteamiento» (31).

(29) *Ibidem*, pág. 448.

(30) Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, vol. II, págs. 622-624.

(31) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 449.

Tampoco puede admitirse esta explicación. La Ley Hipotecaria no precisaba realizar, al respecto, declaración alguna. En 1861 como ahora, es obvio, sin necesidad de un pronunciamiento expreso, que el cómputo del tiempo y la determinación de los requisitos que debe reunir el título *ad usucapionem*, se rigen por la legislación civil.

En consecuencia, y aparte las críticas expuestas, la interpretación de REZA ULLOA incurre en los mismos defectos que la construcción bipolar de AZPIAZU: forzamiento de la construcción gramatical del texto; mantenimiento en el mismo de una exigencia imposible y desmedida protección del titular inscrito.

4. *La presumible posición de Porcioles*

El artículo 1.949 del Código Civil «es una reproducción concordante» del párrafo segundo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869 (32), según el cual no perjudicará a tercero la prescripción que requiera justo título, si éste no se halla inscrito en el Registro. Por eso, aunque la interpretación de PORCIOLES se refiera únicamente al artículo 35 LH, es lícito —dada esa concordancia— extenderla al artículo 1.949 del Código Civil.

Para PORCIOLES la legislación española «restringe extraordinariamente el principio de la *fides publica*, al permitirse que causas de nulidad puedan perjudicar al titular registral por el mero hecho de proceder de un título anterior inscrito, aunque no resulten expresamente de los libros registrales». En el ánimo de nuestros juristas había arraigado la idea de que «la inscripción de un título posterior no podía dejar sin efecto las causas de nulidad de otro anterior, aunque éstas no constasen claramente del propio Registro» (33).

Sin embargo «esta situación de incertidumbre registral no podía perdurar indefinidamente, so pena de quebrantar el principio de seguridad jurídica, base de nuestra ley. Se imponía, pues, arbitrar una forma, y ninguna podía ser mejor para la concepción de los autores del 61, que la prescripción ordinaria de carácter específicamente convalidante» (34).

Y ésta es —a su juicio— la finalidad de los párrafos primero y segundo del artículo 35 de las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 y, por tanto, presumiblemente también del artículo 1.949 del Código Civil. «El tercero a que se refiere el repetido artículo no es el que no ha inscrito; tampoco es el que adquiere posteriormente, ni los que constituyen derechos sobre la cosa o derecho que esté usucapiendo, sino los titulares anteriores inscritos que

(32) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1900, Tomo III, pág. 285.

(33) PORCIOLES COLOMER, *op. y loc. cit.*, pág. 185.

(34) *Ibidem*, pág. 185.

pueden ejercer alguna acción de nulidad, por el mero hecho de tener el título inscrito» (35).

La interpretación de PORCIOLES, a más de ser un tanto rebuscada, distorsiona la noción de tercero y se basa en una reducción arbitraria de los efectos de la *fides publica* y de la capacidad defensiva del tercero hipotecario.

En virtud del principio de fe pública, el contenido del Registro se presume, *iuris el de iure*, exacto e íntegro. Como señala ROCA y la generalidad de la doctrina, contra el tercero tabularmente protegido y frente a la opinión de PORCIOLES, deben considerarse inexistentes o inoperantes «las acciones o posibilidades de nulidad, rescisión, resolución, revocación o de otra clase no reflejadas en el Registro mediante anotación preventiva, condición transcrita o causa explícitamente consignada, y los hechos o actos no registrados en virtud del correspondiente asiento de inscripción, anotación, cancelación o nota marginal o por medio de una mención o reserva autenticada» (36).

La posición de PORCIOLES, no obstante, reclama una referencia sucinta a la usucapión convalidante en favor del adquirente que trae causa del *tradens* a través de un título de validez claudicante.

Los negocios rescindibles, si bien pueden ser declarados ineficaces, disponen de una validez inicial. Y por eso —señala MORALES MORENO— la prescripción consumada por la posesión en concepto de dueño que se obtiene al amparo de esa validez inicial, «supondrá un límite a las acciones revocatoria y restitutoria» (37).

Respecto de los títulos anulables las posiciones están más divididas. Se trata de optar entre la tutela debida al transmitente que impugna y el interés del adquirente que ha consumado la prescripción ordinaria.

LUNA SERRANO (38) plantea la cuestión en los siguientes términos: teniendo la acción de anulación un plazo de vigencia de cuatro años y pudiendo en ocasiones contarse dicho plazo a partir de un momento posterior a la celebración del contrato, debe dilucidarse si la anulación del título puede afectar a la usucapión ordinaria ya consumada. LUNA, en base a razones de sencillez y justicia, considera que la prescripción ganada debe respetarse porque dio ya lugar a una adquisición amparada legalmente, aunque reconoce que la cuestión es muy dudosa y que los textos normativos permiten defender ambas soluciones.

MORALES MORENO (39) y DíEZ-PÍCAZO (40), adhiriéndose a la posición de ALBALADEJO, adoptan una posición más matizada, distinguiendo el conflicto

(35) *Ibidem*, págs. 185 y 186.

(36) ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 397.

(37) MORALES MORENO, «Posesión y usucapión», en *CSIC*, Madrid, 1972, pág. 143.

(38) Cfr. *op. y loc. cit.*, págs. 2131-2132.

(39) Cfr. *op. cit.*, págs. 143-144.

(40) Cfr. *op. cit.*, vol. II, pág. 625.

entre partes del conflicto frente a tercero: mientras esté viva la acción de anulación, la usucapión no puede impedir su ejercicio por el sujeto protegido; pero si el *tradens* no es dueño de la cosa y la contienda se suscita por el tercero *verus dominus*, la usucapión debe prevalecer contra éste (41).

5. *La necesaria depuración o expurgo del artículo 1.949 del Código Civil*

Hemos señalado reiteradamente que este precepto, a consecuencia de los principios de prioridad y tracto sucesivo, plantea una situación fáctica *imposible* (42). ¿Cuál ha sido la causa de semejante error de planteamiento? Se pueden apuntar varias explicaciones posibles:

- a) El artículo 1.949 buscó reproducir en forma concordante (43) el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869, y, al hacerlo, incurrió en sus mismos defectos de redacción (44).
- b) Obsesionados sus mentores con el principio de publicidad e inoponibilidad, según el cual lo no inscrito no puede perjudicar a tercero, exigieron la registración del justo título del usucapiente, olvidando que así excluían al prescribiente que no trajera causa del titular registral, o impedían el nacimiento del tercero que, obviamente, no podía registrar su título dominical por incompatible con el del usucapiente inscrito.

Un fallo semejante no es infrecuente porque responde a un fenómeno psicológico de fijación funcional. Veamos: el artículo 606 del Código Civil dispone que los títulos de dominio que no figuren inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero. En principio,

(41) DÍEZ-PICAZO ejemplariza la solución del modo siguiente: «Si Ticio celebra con Cayo, menor de edad, un contrato de compraventa seguido de *traditio*, es claro que el título será anulable y que Cayo o sus representantes legales podrán impugnar la compraventa. Esta posibilidad no queda purgada con la usucapión. Pero en cambio, si Sempronio, *verus dominus* de la cosa la reivindica, Ticio, como comprador de buena fe y con un justo título aunque anulable, puede invocar la usucapión» (*op. cit.*, vol. II, pág. 625).

(42) Cfr. AZPIAZU, «Apostillas a unos comentarios. La prescripción y el Registro», en *RCDI*, año 1945, pág. 322. ALBALADEJO GARCÍA, «Artículo 1.949», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, Tomo XXV, vol. 1, pág. 296, nota I. VILLARES PICO, «La posesión y el Registro», en *RCDI*, año 1947, págs. 414 y 415. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1941, Tomo I, pág. 257.

(43) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, Tomo III, pág. 285.

(44) «El artículo 35 es ininteligible... De los autores ninguno ha acertado a aclarar este artículo, ni de las sucesivas reformas que ha sufrido en 1869 y 1877 se puede hallar la idea clara que tuvieron los legisladores» (LÓPEZ DE HARO, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Hijos de Reus, Madrid, 1918, pág. 87).

concentrados mentalmente en la regla de inoponibilidad, podríamos también redactar el precepto del modo siguiente: sólo los títulos de dominio que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad podrán perjudicar a tercero; pero si así lo hiciésemos incurriríamos en el mismo error del artículo 1.949 del Código Civil: si un título de dominio está intabulado no podría nacer el tercero porque, para serlo, debería inscribir y no podría hacerlo porque su título dominical resultaría incompatible con el primeramente registrado.

- c) Los redactores contemplaron una situación y unos presupuestos hipotecarios que, si bien se dieron en su día a consecuencia del período transitorio que siguió a la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, no podían ya concurrir a la fecha de publicación del Código. Refiriéndose a la imposibilidad fáctica de los artículos 35 LH y 1.949 del Código Civil, AZPIAZU recuerda la fase provisional en que «era posible inscribir la posesión estando el dominio inscrito a favor de otra persona» (45). VILLARES PICO se remite igualmente a la etapa en que era factible registrar el título dominical del usucapiente y del tercero en virtud de soluciones transitorias (46), y ROCA SASTRE alude a la «legalidad anterior... que en períodos de planteamiento de la ley admitía la inscripción de los títulos contradictorios de dominio» (47).

Sea cual sea la explicación, lo que no me parece adecuado es defender la aplicación *integral* del artículo 1.949 del Código Civil basándose en que la hipótesis fáctica de dicho precepto puede darse excepcionalmente aunque sea en casos «improbables y rebuscados» (48).

De entrada, porque una norma no puede concebirse como prevista o diseñada para semejantes supuestos. Y además porque los ejemplos propuestos son, a su vez, inadecuados.

GARCÍA GARCÍA, después de advertir «que no se diga que el artículo 1.949 del Código Civil parte de supuestos que ya no se dan» (49), propone, para justificarlo, las siguientes hipótesis:

- El usucapiente puede tener su título nulo inscrito en el Registro, frente a un titular anterior de la cadena transmisiva. Este ejemplo —usucapición convalidante frente a titulares tabulares anteriores que pueden ejercer alguna acción de nulidad— reproduce la posición de PORCIOLES que,

(45) «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 322.

(46) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 415.

(47) «Instituciones...», *op. cit.*, Torno I, pág. 257.

(48) ALBALADEJO, *op. y loc. cit.*, pág. 296, nota 1.

(49) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Tomo III, pág. 135.

como advertíamos, no se ajusta al diseño fáctico del precepto y se apoya, además, en una injustificada limitación del principio de fe pública registral.

- Los casos de doble inmatriculación: al seguir el Derecho Hipotecario español el modelo de folio real y al actuar los principios de publicidad y fe pública con relación a la hoja tabular de la finca correspondiente, es obvio que el artículo 1.949 del Código Civil excluye este supuesto porque reclama que los asientos del usucapiente, del titular contra el que se prescribe y del eventual tercero, *figuren en el mismo folio registral y no en folios distintos*.
- Intabulación por expediente de reanudación del tracto sucesivo cancelando *indebidamente* la inscripción anterior: presupone error, dolo o negligencia del encargado del Registro.
- Y a estos ha de unirse el ejemplo planteado por ALBALADEJO (50): el caso «de usucapir un derecho real en cosa ajena inscrito, aunque no existiese en la realidad extrarregistral, derecho que usucapido así, vendría a gravar la propiedad extrarregistralmente libre del inmueble inscrito como gravado». Aquí se mezcla la realidad registral con la realidad extratabular; no se explica en qué forma puede inscribir su título el usucapiente ni de quién trae causa, y al ser inexistente el derecho real en cosa ajena inscrito, no es prescriptible (51) y la usucapición se produce directamente contra el titular dominical registralmente gravado.

En suma, como apuntaba antes, no puede defenderse la aplicación *íntegra* del artículo 1.949 del Código Civil en atención a supuestos *improbables y rebuscados*: ni los ejemplos propuestos son correctos, ni cabe entender que un precepto ha sido concebido para casos excepcionales, patológicos o dependientes de la conducta ilegítima de un funcionario público (52).

Por tanto, del artículo 1.949 deben expurgarse las exigencias imposibles dejando su redacción en los siguientes términos: *Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero* (53). Ahora bien, esta depuración, este expurgo, sólo puede aceptarse si aparece debidamente fundado y conduce a un resultado sistemáticamente congruente.

(50) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 296, nota 1.

(51) «La accesibilidad al objeto —señala MORALES MORENO— es la forma mínima de expresarse la tenencia posesoria» (*op. cit.*, pág. 24).

(52) En este sentido, ROCA SASTRE, «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 258.

(53) Así lo entiende ROCA para el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909 (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 258). En igual sentido y para el artículo 1.949 del Código Civil, VILLARES PICO, «La posesión y el Registro», en *RCDI*, año 1947, pág. 416, y AZPIAZU, «Apostillas...», *op. cit.*, pág. 326.

Congruencia: la redacción que se propone es totalmente coherente con el artículo 606 del Código Civil y con el principio fundamental del Derecho Inmobiliario español de que lo no inscrito no puede perjudicar a tercero. Y además —pese a la opinión de VILLARES (54)— el precepto, así interpretado, no incurre en una redundancia inútil: es importante que la doctrina del artículo 606 del Código Civil se declare *expresamente* aplicable a la usucapión, porque la usucapión es un título dominical *sui generis* que se basa en un hecho —el posesorio— que, por definición, no puede acceder al Registro (55). Y, por otra parte, el precepto así depurado, *dice más cosas* que los artículos 462 y 606 del Código Civil: puede aplicarse no sólo a la usucapión consumada, sino a la usucapión *en curso* (56) y declara de modo implícito que cabe iniciar la prescripción frente al titular registral en los términos establecidos por la legislación común.

Fundamento: de conformidad al artículo 3 del Código Civil, las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; y la realidad legislativa forma parte de la realidad social. Si la legalidad vigente, como es el caso, hace imposible —principios de prioridad y tracto sucesivo— el supuesto fáctico *completo* de un determinado precepto, es perfectamente lícito, en la labor interpretativa, eliminar de su contenido normativo aquellos prepuestos o exigencias que han devenido imposibles.

Y a esto hay que añadir, además, el carácter informador (57) de tres principios generales de honda raigambre de nuestro Derecho: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible); *impossibile idem est ac non esse* (imposible es igual a no ser); *impossibilis conditio pro non scripta habetur* (la condición imposible debe tenerse por no escrita).

Por tanto, según esta interpretación del artículo 1.949, el usucapiente, debe evitar a toda costa la aparición de un tercero protegido: si trae causa del titular tabular a través de un título de validez claudicante, mediante la inscripción del justo título; si no es así, obteniendo la rectificación del Registro o, en su caso anotando previamente la demanda rectora (58). Lo que no debe aceptarse es la posición de AZPIAZU (59) que exige, para que la prescripción pueda oponerse al Registro en sede de los artículos 36 y 41 LH, su previa declaración en sentencia judicial a través del ejercicio de la oportuna acción; porque, como afirma DIEZ-PICAZO, si bien es el favorecido por ella quien debe ponerla procesalmente en juego, los efectos de la usucapión «se producen de

(54) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 416.

(55) Cfr. artículo 5 LH.

(56) Pese a su incorrección técnica, mantengo esta expresión por su alta eficacia denotativa.

(57) Cfr. artículo 1.4 del Código Civil.

(58) Cfr. artículos 40 y 42 LH.

(59) Cfr. «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, págs. 328-332 y 334.

manera automática con el mero lapso de tiempo unido a una posesión hábil para ello» (60). Cuestión muy distinta es la del título inscribible: si en el procedimiento del artículo 41 LH se alegase la prescripción como causa contradictoria, la sentencia que estimase su concurrencia no sería título hábil para la registración de la misma, porque se trata de un proceso con fines limitados y concretos, que no produce excepción de cosa juzgada y deja a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo correspondiente.

6. *La hipótesis fáctica y el contenido normativo del precepto*

La situación fáctica que plantea el artículo 1.949 es una situación triangular. Contra un *titular registral* (A) se inicia la prescripción por parte del *usucapiente* (B). Estando en curso la usucapión o una vez consumada, la finca es adquirida a título oneroso y de buena fe por un *tercero* (C) que inscribe su título dominical (61).

El contenido normativo del precepto contempla, por tanto, tres supuestos:

a) *Las relaciones ente el titular registral y el prescribiente* (A y B): se rigen por el Derecho civil puro. Como señala ROCA: «el que estén o no inscritos los inmuebles no afecta a su posibilidad de usucapirlos. Los inmuebles inscritos son *res habiles* para la prescripción» (62). Frente al titular tabular, la usucapión contra Registro se desenvuelve de conformidad con el Derecho común, porque los sujetos involucrados no son terceros entre sí sino *partes* respecto al suceso o situación que la prescripción implica (63).

b) *En cuanto a la usucapión consumada*, no afecta ni perjudica al tercero hipotecario: «no tendrá lugar en perjuicio de tercero», tercero que, en cualquier caso, quedaría protegido por la regla de inoponibilidad del artículo 606 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 1.949 del Código Civil modifica la redacción del concordante artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869. Este último señalaba que la prescripción «tampoco perjudicará a tercero». El artículo 1.949 nos dice algo distinto, nos dice que «no tendrá lugar... en perjuicio de tercero». Por tanto, en detrimento del mismo, la prescripción *no tendrá lugar, no ocurrirá, no sucederá* (64).

(60) *Op. cit.*, vol. III, pág. 627.

(61) En este sentido, y refiriéndose al artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909, ROCA SASTRE (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 259).

(62) «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 258.

(63) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 658. En igual sentido, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 158 y 159.

(64) Cfr. Voz «lugar», Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Madrid, 1992. MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS, GABINO RAMOS, *Diccionario del Español*

Si nos atenemos a la configuración semántica del texto, la aparición del tercero actuaría como elemento impediendo de la usucapión; si surge el tercero, la prescripción se tendrá por *no acaecida*. Esto es importante, porque si frente al tercero la usucapión se tiene por *no ocurrida*, queda vacío de contenido el párrafo primero del artículo 36 LH, ya que frente al tercero protegido nunca podría hablarse de prescripción ordinaria consumada.

c) *Respecto de la usucapión en curso* señala ROCA (65), que en cada transmisión a favor de tercero de la finca o derecho que se está prescribiendo, la prescripción queda *interrumpida*, y por eso, el usucapiente «debe comenzar una nueva usucapión». Ahora bien, respecto de este nuevo ciclo prescriptivo, el adquirente, devenido dueño y titular tabular de la finca, ya será parte y, por tanto, la prescripción nuevamente iniciada, podrá empezar a actuar contra él de conformidad al Derecho Civil puro.

Aclaremos esto por vía de ejemplo (66): A inscribió el dominio y vende a B que, a su vez, registra el título de compra. Antes de verificarse la venta, C poseía la finca. Esta posesión anterior no puede perjudicar a B que es tercero respecto de ella, pero sí le perjudicará la posesión que transcurra desde el momento en que adquirió de A, porque en cuanto a esta posesión, B es parte con C y, por tanto, sus derechos se regulan por la legislación común.

No obstante, respecto al artículo 35 LH, que constituye el antecedente inmediato del precepto civil, las opiniones sobre la interrupción o no de la prescripción se encontraban divididas (67), y por eso conviene reforzar argumentalmente el criterio interpretativo que dejamos expuesto:

- El artículo 1.949 habla de prescripción ordinaria y, con ello, parece referirse sólo a la usucapión *consumada*, porque —como recuerda SANZ— «técnicamente es inadmisibles hablar de *prescripción en curso*». La usucapión es un título dominical de resultado y, en tanto no se llegue a este resultado, «existe simplemente un estado de hecho, una posesión más o menos calificada, pero en modo alguno puede hablarse de prescripción aunque se la quiera llamar *en curso*» (68). El argumento, sin embargo, no puede aceptarse porque los textos legales y parale-

Actual, Santalucía de Ediciones, Madrid, 1999. Gran Enciclopedia Larousse, Editorial Planeta, Barcelona, 1969. Tomo VI.

(65) Refiriéndose al artículo 35 LH. Cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, págs. 259 y 260.

(66) Cfr. CALDERÓN NEIRA, «Estudios Hipotecarios», en *Revista de Legislación*, Madrid, 1885, pág. 100.

(67) Cfr. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Editorial Reus, Madrid, 1927, Tomo II, págs. 723 y 724.

(68) SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, pág. 289.

gales utilizan el término prescripción tanto para referirse a la usucapión consumada como a la usucapión en curso: así, artículo 35 de las antiguas leyes tabulares: «en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho *que se esté prescribiendo*»; el artículo 1.939 del Código Civil: «la *prescripción comenzada* antes de la publicación de este Código»; el artículo 36 LH: «la *prescripción comenzada* perjudicará igualmente»; Anteproyecto de PORCIOLES: «en otro caso, le afectará la *prescripción o posesión anteriores a su asiento*»; Preámbulo al Proyecto de la Ley Hipotecaria de 1944: «ante (la prescripción) que se ha producido, *en todo o en parte* contra un tercero adquirente» (69).

- El tercero hipotecario es *tercero* en relación a la *possessio ad usucapionem* anterior a su adquisición, porque ningún nexo jurídico lo liga con el usucapiente y durante este período es totalmente ajeno o extraño al fenómeno de la prescripción no pudiendo, por ello, interrumpir la posesión (70). Las relaciones entre titular tabular y usucapiente se rigen, como vimos, por el Derecho civil puro, ya que ambos son *partes* respecto del hecho posesorio. *A sensu contrario*, en las relaciones entre usucapiente y tercero, éste es *extraño* al suceso o situación que la prescripción implica y, en consecuencia, su posición trasciende la legislación común y merece acogerse a la tutela hipotecaria.
- Si, frente a lo que dispone el artículo 1.949, se computase en contra del tercero el tiempo de posesión transcurrido antes de su adquisición, lo colocaríamos en una situación de absoluta indefensión respecto de la prescripción que pudiera consumarse al día siguiente o los días inmediatos al acto adquisitivo, porque lo reducido de estos plazos le impediría organizar o desplegar su defensa. Nótese que el propio artículo 36 de la Ley Hipotecaria 1944-46, que trata de disminuir o debilitar la protección del tercero, se ve obligada —reconociendo esta posibilidad— a asimilar a la usucapión consumada la usucapión que pudiera consumarse dentro del año siguiente a la adquisición (71).

(69) El texto, a mi juicio, con la expresión «en parte», se refiere al tiempo posesorio *ad usucapionem* que ha transcurrido antes de la adquisición del tercero. Para ROCA, por contra, la frase «en todo o en parte» «es ininteligible a no ser que quiera distinguir entre la usucapión del dominio y la de un derecho real en cosa ajena» (cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 655, nota 1).

(70) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 658.

(71) Sigue en esto el consejo de ROCA, quien *después de reconocer que en cada transmisión, a favor de tercero, la usucapión en curso queda interrumpida*, considera este efecto excesivamente rigorista respecto del usucapiente y propone establecer un plazo en el cual, si el adquirente no ha obtenido o instado la posesión de la finca, cese la protección de la fe pública registral, perjudicándole, por tanto, la prescripción en curso (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, págs. 259 y 260).

- En la usucapión consumada, que es título dominical, el prescribiente puede obtener la rectificación registral, evitando la aparición de un tercero. En cambio, en la usucapión en curso, el prescribiente no puede lograr la constancia registral del hecho posesorio porque la posesión está expulsada del Registro (72). El principio de fe pública «protege plenamente al titular frente a situaciones de derecho que no consten en el Registro; pero no frente a problemas físicos o de hecho, entre los cuales está la posesión material de la cosa» (73). Y, por otra parte, a efectos del artículo 606 del Código Civil, el título dominical es la usucapión misma y no el justo título, que es solamente uno de sus presupuestos o requisitos.

No obstante, aunque esto sea así, no cabe utilizar este argumento en contra del criterio interpretativo que dejamos expuesto. La prescripción ordinaria no depende sólo de la posesión sino también del justo título; y el justo título es, por definición, inscribible (74). Si no se registra, la usucapión en curso que se apoya en él parcialmente, no puede ser esgrimida frente a tercero *porque así lo prescribe el artículo 606 del Código Civil*. Este precepto —como señala ROCA SASTRE refiriéndose a su homólogo, el 32 LH— es el «máximo exponente de la regla *lo no inscrito no perjudica a tercero*», y aunque habla únicamente de títulos de dominio —en este caso, la usucapión consumada— no sólo estos títulos no registrados no perjudican a tercero sino tampoco los actos, hechos o derechos —en este caso el justo título— que, siendo registrables, no aparezcan intabulados (75). Quien prescribiendo con justo título no inscrito contra una posición registrada, no consulta el Registro, o consultándolo, no se defiende frente a los pronunciamientos tabulares, debe atenerse a las consecuencias.

B) LA POSIBLE VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria modifica radicalmente la reglamentación establecida en el del Código. Respecto de la versión íntegra del artículo 1.949, suprimiendo la necesidad de inscripción del justo título. En cuanto a su versión expurgada y respecto de la prescripción en curso, al computar en contra del tercero el tiempo posesorio anterior a su adquisición;

(72) Cfr. artículo 5 LH.

(73) SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 282. El principio de fe pública protege, en general, respecto de «cuanto *siendo registrable* no esté registrado» (ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 401).

(74) Artículos 1.952 del Código Civil y 2 LH.

(75) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 401.

y respecto de la usucapión consumada, al perfilar un concepto de buena fe mucho más exigente,

«que da por resultado la figura de un tercero anormal, *pluscuamperfecto*, que para no ser vencido por la usucapión no sólo debe haber ignorado la inexactitud del Registro (por no haber conocido una posesión ajena a título de dueño y por el tiempo legal sobre la finca adquirida), sino que además se le exige que no haya tenido medios racionales y motivos suficientes para adquirir ese conocimiento. Si tales "medios racionales" o "motivos suficientes" han existido (que siempre existirán), la presunción de buena fe desaparece para dar paso a la presunción de conocimiento (culpa lata) y el titular registral queda a la intemperie del Código Civil sin abrigo alguno hipotecario. Con razón afirma Núñez Lagos que el citado artículo 36 agrava mucho la posición del tercero. ¡Como que quien, por inverosímil evento, alcance la palma de esa buena fe "pluscuamperfecta", más que para este mundo terrenal ha de estar para el cielo y los altares!» (76).

Esta radical divergencia entre ambos preceptos, supone una antinomia legislativa frente a la cual un importante sector doctrinal defiende la prevalencia del artículo 36 porque en el caso de dos normas antitéticas con soluciones contrapuestas, la ley posterior deroga a la anterior. ROCA (77), DE LA RICA (78), BONET RAMÓN (79), MENÉNDEZ HERNÁNDEZ (80) y FENOY PICÓN (81) se adhieren a esta posición, que ALBALADEJO rubrica con cierta contundencia:

«por más que con notable tenacidad algunos autores sigan comentando este artículo (se refiere al 1.949 del Código Civil), la verdad

(76) DE LA RICA Y ARENAL, «La buena fe y la publicidad del Registro», en *RCDI*, año 1949, pág. 544.

(77) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 662.

(78) Cfr. «La reforma hipotecaria, su contenido y alcance», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Editorial Castalia, Madrid, 1990, Tomo III, pág. LXIII. «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, pág. 552.

(79) *Código Civil comentado*, Aguilar de Ediciones, Madrid, 1962, pág. 1553.

(80) *Op. y loc. cit.*, pág. 460. Este comentarista alega también la imposibilidad del supuesto fáctico prevenido por el artículo 1.949, razonando que sería absurdo dar prevalencia a una «solución irrealizable hipotecariamente». Tal argumento, sin embargo, queda vacío de contenido frente a la versión expurgada que proponemos del precepto.

(81) En un interesante y estructurado estudio, «La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Tomo III, págs. 3771-3828.

es que no hay nada que decir de él como norma vigente, porque está derogado.

El viejo artículo 35 de la Ley Hipotecaria vino a ser recogido en parte por el difunto artículo 1.949 del Código Civil, que, a su vez, fue derogado por el nuevo artículo 36 de aquella ley reformada en 1946, que adoptando criterios distintos, es decir, cambiando el sistema, para los temas que en el 1.949 regulaba, como ley posterior contradictoria lo derogó tácitamente. Derogación que alcanzó a todos sus extremos, o sea, que no dejó en pie nada del 1949, pues elimina los tres puntos que éste tocaba: primero, necesidad de inscripción para usucapir; segundo, contar el tiempo desde ésta; tercero, referirse sólo a la usucapión ordinaria.

La letra del artículo 1.949 sigue en el texto del Código formalmente hablando, pero no está más vigente que, por ejemplo, la antigua Ley del Registro Civil (a la que alude), sin embargo, imperterritito, el artículo 332 del Código Civil, que, por lo visto, el legislador no ha tenido todavía tiempo de retocar, a pesar de las muchas modificaciones que ha introducido últimamente en nuestro primer Cuerpo legal civil» (82).

La postura de ALBALADEJO resulta demasiado tajante. Y por eso la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de octubre de 2001, se ve obligada a recoger las vacilaciones doctrinales:

«La regulación de la *usucapión contra tabulas* en nuestro Ordenamiento Jurídico ha dado lugar a serias discrepancias dentro de nuestra doctrina, las cuales ya surgen, de inmediato, al tener que decidir cuales son los preceptos de aplicación. Y así, mientras un sector doctrinal (que cita a su favor la jurisprudencia, formada por las sentencias del TS de 18 de junio de 1992; 13 de diciembre de 1957; 20 de octubre de 1915), acude a los artículos 462 y 1.949 (quien carezca de título inscrito en el Registro de la Propiedad e inste la usucapión respecto de un terreno inscrito en el Registro a favor de otra persona tiene proscrito acudir a la prescripción ordinaria y sólo se le permite la vía de la extraordinaria) del Código Civil y 36 de la Ley Hipotecaria, otro sector doctrinal considera derogado el artículo 1.949 del Código Civil, por lo que el único precepto de aplicación lo es el artículo 36 de la LH».

(82) Cfr. «Artículo 1.949», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, Tomo XXV, vol. 1, pág. 296.

Y es que, en efecto, existen posiciones dubitativas (83), intermedias (84) y contrarias.

Entre estas últimas, que defienden la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil en su versión íntegra, podemos situar las de REZA ULLOA, NÚÑEZ LAGOS y GARCÍA GARCÍA.

REZA (85) utiliza una inteligente argumentación que luego examinaremos. Para NÚÑEZ LAGOS, la Comisión redactora de la Ley Hipotecaria de 1944 acordó de antemano y respetó después, como si de un precepto constitucional se tratara, la intangibilidad del Código Civil. A su juicio, dentro de las fuentes formales de nuestro sistema registral, la Ley Hipotecaria tiene un carácter «supletorio y complementario, siempre *secundum Codicem*». En su opinión, después de la Ley de 1944-46, el artículo 1.949 del Código Civil mantiene todo su vigor y condiciona el ámbito de aplicación del artículo 36 «dejándolo reducido... a la prescripción extraordinaria» (86). GARCÍA GARCÍA (87) defiende también la vigencia del precepto civil, apelando a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992 (88), considerando, con NÚÑEZ LAGOS, que la Ley de reforma de 1944-46 no se propuso derogar o modificar las disposiciones del Código, y entendiendo que el supuesto fáctico que plantea el artículo 1.949 es viable, aunque sea en supuestos excepcionales (89).

Confieso que mi actitud en este conflicto es dubitativa y la describo del modo siguiente: el artículo 36 LH se refiere a la usucapión ordinaria y extraordinaria y se propuso regular *de forma completa* la prescripción contra Registro, materia que corresponde precisamente al ámbito normativo que le es propio, como ley tabular y de terceros. Pese a las afirmaciones de NÚÑEZ LAGOS, y al menos respecto de la usucapión, la reforma expresa una inequívoca voluntad abrogatoria con relación a aquellas disposiciones del Código Civil que no se ajusten a la fórmula transaccional que propone.

Basta, para fundamentar este aserto, el Preámbulo que acompaña al Proyecto de Ley. Sus redactores, estimando amplísimas las facultades de que estaban investidos y frente a una tradición jurídica históricamente consolida-

(83) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», en *CRPME*, Madrid, 2001, Tomo I, pág. 144, nota 42.

(84) LUNA SERRANO mantiene, como vimos, una interpretación *sui generis* del artículo 1.949 del Código Civil, que compatibiliza con el 36 LH, al que atribuye la misión de aclarar y matizar «modificativa y complementariamente» el texto codificado (cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 2118).

(85) Cfr. *op. loc. cit.*, pág. 425.

(86) *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1962, págs. 10-14.

(87) *Op. cit.*, págs. 119, 133 y 134.

(88) La he comentado con anterioridad destacando el carácter singular de su interpretación de la norma civil.

(89) Se ha examinado también este punto con anterioridad.

da, llegaron a tomar en consideración nada menos que el reconocimiento del contrato real o la adopción de la inscripción constitutiva y, por lo que al tema que nos ocupa se refiere, manifestaron lo siguiente:

«La prescripción, uno de los fundamentales modos de adquirir, no puede ser ignorada por los regímenes inmobiliarios. *Los cánones de nuestros textos positivos* la tratan con evidente imprecisión. *Acomodar* (90) *sus diversos preceptos* plantea temas erizados de dificultades. A robustecer el sistema y mantener a la vez la indispensable paridad entre el asiento registral y la verdad jurídica responde la nueva fórmula».

Pero si esto es así, existen también razones atendibles que, pese a la Ley de reforma, podrían justificar la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil, al menos en su versión expurgada. Razones que enumero sucintamente a continuación:

1. La subsistencia formal del precepto a pesar de las numerosas modificaciones sufridas por el del Código Civil a partir de 1946 (91). Nótese, por referirnos al parangón establecido por ALBALADEJO, que no se trata, como en el caso del artículo 332, de un precepto remisivo, sino de una norma sustantiva de alto contenido jurídico.

Por otra parte, la Ley de 1944 renunció a la modificación directa del Código Civil, rehusando la solución del Anteproyecto de PORCIOLES (92), que proponía sustituir la redacción actual del artículo 1.949 por la siguiente: «los efectos de la prescripción adquisitiva y extintiva del dominio y demás derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, estarán subordinados, con respecto a terceros, a lo ordenado por la Ley Hipotecaria» (93).

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 1991, señala en su Fundamento cuarto que «el contenido del artículo 1.949... ha de entenderse en los términos... que se recogen en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria ya que, en cierto modo, vino a restringir, según la redacción de 8 de febrero de 1946, la radicalidad de aquel precepto». Pero, al lado de esta sentencia, ha de citarse la de 31 de mayo de 1992, que mantiene de forma inequívoca la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil, interpretándolo de modo *sui generis*, en los siguientes términos: «imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles, frente al

(90) Ordenar, componer, ajustar una cosa con otra.

(91) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «El Código Civil y sus reformas», en *CRPME*, Madrid, 2003, pág. 541.

(92) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «Variaciones...», *op. y loc. cit.*, pág. 11.

(93) Cfr. «Leyes Hipotecarias y Registrales...», *op. cit.*, pág. 6.

tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales» (94). En opinión de GARCÍA GARCÍA, esta sentencia es fundamental «para la defensa de la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil, y en definitiva, para desvirtuar la interpretación de que el artículo 36 de la LH se refiere también a la usucapión ordinaria y no sólo a la extraordinaria» (95). Por contra, para ALBALADEJO, la apelación al artículo 1.949 resulta incomprensible y obliga a preguntar al Tribunal «qué hacemos con la parte del artículo 36 de la LH afectada» (96). A esta controvertida resolución judicial también deben unirse las sentencias de 18 de junio de 1992 y 28 de diciembre de 2001 en las que, a pesar de alegarse como infringido el artículo 1.949 del Código Civil, la Sala, en ningún momento, argumenta o invoca su derogación (97).

2. Un precedente: la respuesta jurisprudencial a la supuesta antinomia entre el artículo 1.959 del Código Civil y el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909.

El artículo 35 de la ley tabular de 1869 dispuso que la prescripción extraordinaria sólo produciría efectos frente a tercero si se hallaba inscrita la posesión que había de producirla. Por contra, el artículo 1.959 del Código Civil, abrogando la previsión hipotecaria, no exigió la registración del hecho posesorio. Ello no obstante, la Ley Hipotecaria de 1909, derogando, a su vez, como *lex posterior*, el texto codificado, reprodujo la exigencia de la inscripción de la posesión (98). Y sin embargo, el Tribunal Supremo —sentencias de 17 de diciembre de 1910, 29 de octubre de 1915, 22 de octubre de 1919, 27 de diciembre de 1932 ó 20 de octubre de 1941— mantuvo «su afirmación general de que en la prescripción extraordinaria no cabe exigir posesión inscrita, por ser el requisito de la inscripción una condición legal sólo de la ordinaria, según el artículo 1.949, y debe aplicarse el 1.959, al que le basta la posesión no interrumpida durante treinta años» (99). En suma, el Alto Tribunal no admite que un concreto artículo del Código Civil [1.959], resulte

(94) Como he indicado anteriormente la interpretación que la Sala hace de este precepto, es claramente inexacta.

(95) Cfr. *op. cit.*, págs. 135 y 136.

(96) *Op. y loc. cit.*, pág. 297.

(97) También la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 5 de julio de 2000, confirma la vigencia del precepto civil, acogiendo la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1992.

(98) Cfr. MORELL Y TERRY, *op. cit.*, págs. 730 y 731.

(99) MORELL Y TERRY, *op. cit.*, pág. 733. En igual sentido, SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 300. También DE LA RICA, «La reforma hipotecaria...», *op. cit.*, pág. LVIII, si bien critica la doctrina del Alto Tribunal por no tomar en consideración la remisión que el artículo 462 del Código Civil efectúa en favor de la Ley tabular.

modificado, en derogación tácita, por un precepto hipotecario [35] de fecha posterior. Criterio perfectamente extrapolable a las relaciones entre el artículo 1.949 del Código Civil y el 36 de la Ley Hipotecaria reformada.

No obstante, el argumento, aunque el Tribunal Supremo no enfatice sobre este aspecto, se debilita un tanto si tenemos en cuenta que, curiosamente, a la altura de 1.909, la exigencia del artículo 35 LH resultaba de imposible cumplimiento, al haberse suprimido las inscripciones contradictorias de posesión, con lo cual se daba «el hecho anómalo de que cuando es posible la inscripción de posesión no existe tercero hipotecario a quien perjudicar, y que cuando existe este tercero, no está autorizada la inscripción de la posesión *ad usucapionem*» (100).

3. La antinomia del artículo 36 LH no sólo está referida al artículo 1.949 sino también al artículo 606 del Código Civil.

Es un argumento que hemos apuntado con anterioridad. La usucapión consumada, en cuanto título dominical (101), ha de estar debidamente inscrita para poder perjudicar a tercero. En la prescripción ordinaria en curso, la posesión no puede acceder al Registro (102), pero sí el justo título (103). El justo título no es ciertamente un título de dominio, pero cuando menos, es un hecho, acto o derecho que, por ser susceptible de inscripción, ha de estar intabulado para poder perjudicar a tercero (104). Ahora bien, el tercero del artículo 606 del Código Civil es y fue siempre el adquirente, con título inscrito, a título oneroso y de buena fe, que trae causa de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir. Por tanto, el artículo 36 LH vulnera el 606 del texto codificado en un doble sentido: respecto de la usucapión consumada, al exigir al tercero requisitos adicionales, como una buena fe cualificada; respecto de la usucapión en curso, al computar en contra del tercero el tiempo posesorio anterior a su adquisición, pese a que el justo título no ha sido intabulado. En consecuencia no sería bastante la derogación tácita del artículo 1.949 del Código Civil, si, a la vez, no se modifica —lo que no se ha hecho— el concepto de tercero del precepto civil.

Claro que cabe contraargumentar —con el valor que quiera dársele al argumento— que el artículo 606 del Código Civil, al referirse al tercero, reenvía implícitamente a la ley tabular en cuanto a su definición y concepto. Y no hay obstáculo en que dentro ya de la Ley Hipotecaria se modalice el artículo 32, reclamando, a efectos de prescripción, el tercero pluscuamperfecto de que nos habla LA RICA.

(100) PORCIOLES COLOMER, *op. y loc. cit.*, pág. 186. En igual sentido, ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 62.

(101) Cfr. artículo 609 del Código Civil.

(102) Cfr. artículo 5 LH.

(103) Cfr. artículos 1.952 del Código Civil y 2 LH.

(104) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 401.

4. Vaciamiento del contenido del artículo 36 LH. Se produciría por aplicación de una doble interpretación del artículo 1.949:

- a) Para REZA ULLOA, el precepto civil no toma en consideración a la usucapión consumada, que como título dominical, es materia propia del artículo 606. El 1.949 se refiere, por contra, a los requisitos indispensables para que se produzca la prescripción. Y constituye una excepción o modalización del artículo 1.940, al exigirse *adicionalmente*, en la usucapión ordinaria contra títulos inscritos, la registración del justo título. Si el justo título no ha sido intabulado, falta un presupuesto indispensable para la prescripción, y el Registro de la Propiedad, por tanto, «no puede tomar en consideración un derecho no nacido al amparo del Código» (105).
- b) El artículo 1.949 del Código Civil cambia, como apuntaba antes, la redacción del artículo 35 de la Ley Hipotecaria. Si este precepto señalaba que la usucapión ordinaria *no perjudicará a tercero* si no se halla inscrito el justo título, el texto codificado nos dice ahora que, en este caso, la prescripción *no tendrá lugar* en perjuicio de tercero. *No tendrá lugar, no ocurrirá, no sucederá*. La aparición del tercero se convierte en un hecho impediendo del *acaecimiento* de la usucapión. Es como si la prescripción que se gana o que se está ganando contra título inscrito quedara sujeta a la condición suspensiva de la no aparición del tercero. Y si esto es así, el artículo 36 LH queda vacío de contenido porque, frente a un tercero, la usucapión, consumada o en curso, *no habrá tenido lugar*.

Para ambas propuestas interpretativas es aplicable entonces la doctrina contenida en la sentencia de 27 de mayo de 1967:

«Los requisitos intrínsecos de la prescripción adquisitiva del dominio son materia propia de la competencia del Derecho Civil puro y ajena a la del Derecho Hipotecario, al que únicamente le interesan los requisitos específicos que han de concurrir para que la usucapión producida al margen del Registro de la Propiedad pueda prevalecer frente a los adquirentes protegidos normalmente por la fe pública registral. Es más, la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley civil para la adquisición del dominio por usucapión constituye un presupuesto ineludible para la posible eficacia del *modus* en contra del titular tabular, tenga o no éste la condición de tercero, cuando lo que frente a él se alegue sea la usucapión consu-

(105) REZA ULLOA, *op. y loc. cit.*, págs. 447 y 452.

mada, por lo que, si ha de procederse con rigor lógico, la verificación de los requisitos civiles de la prescripción adquisitiva ha de extenderse al contraste de los hipotecarios requeridos por el párrafo 1.º del artículo 36 de la Ley especial, toda vez que si acaso llega a comprobarse la ausencia de los primeros, la inquisición de si concurren o podrían concurrir los últimos sería una tarea totalmente vacua y estéril».

5. Cabe sostener la vigencia del artículo 1.949, apoyándose en las técnicas de resolución de antinomias (106):

- a) Entender que la modificación introducida por el artículo 36 LH en el contenido normativo del precepto civil, vulnera el principio de jerarquía normativa. A juicio de NÚÑEZ LAGOS, y al margen de su mayor o menor autonomía, no es posible mantener la dualidad normativa entre Código Civil y Ley Hipotecaria. «No cabe dualismo alguno; el régimen registral *sustantivo* está *todo* en el del Código Civil». Dentro de las fuentes formales del sistema hipotecario español rige en primer lugar y con carácter preferente, el del Código Civil y sólo «como derecho supletorio y complementario, siempre *secundum Codicem*, la Ley Hipotecaria de 1946» (107). En la resolución de antinomias, el criterio jerárquico prevalece sobre el criterio cronológico porque el principio *lex posterior derogat anterior* no es aplicable cuando aquella es jerárquicamente inferior (108).
- b) Resolver la antinomia mediante la división o distribución del ámbito normativo de los preceptos en conflicto: el artículo 1.949 del Código Civil regiría en cuanto a la usucapión ordinaria y el 36 LH respecto de la prescripción extraordinaria.
En realidad, lo que se hace es considerar que la antinomia es solamente *aparente*, que la presunta incompatibilidad se deriva de una interpretación errada sobre el alcance de ambas normas. Esta sería la propuesta de GARCÍA GARCÍA (109): ni la Ley de reforma de 1944 pretendía modificar el del Código Civil ni el artículo 36 LH puede, además, referirse a la usucapión ordinaria porque no cabe buena fe frente a los pronunciamientos tabulares.

(106) Sobre antinomias, puede consultarse, NORBERTO BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987, págs. 184-207.

(107) NÚÑEZ LAGOS, «Variaciones...», *op. y loc. cit.*, pág. 13.

(108) Cfr. NORBERTO BOBBIO, «Teoría...», *op. cit.*, pág. 203.

(109) Cfr. *op. cit.*, págs. 129-136.

Claro que estas posiciones son también susceptibles de impugnación. El artículo 1.949 es un *precepto típicamente hipotecario que, a pesar de su inserción en el Código, forma parte de la legislación registral* (110): una legislación *especial* que «tiene su campo propio y preferente de actuación —los derechos inscritos— y (que) organiza un sistema técnico de protección del tráfico a través de la publicidad» (111). Entre dos preceptos hipotecarios antagónicos —1.949 del Código Civil y 36 LH— parece que debería prevalecer el criterio cronológico.

Además, como veremos, el artículo 36, de hecho, se refiere tanto a la prescripción ordinaria como extraordinaria; y la existencia de pronunciamientos registrales contrarios, no excluye, *a priori*, la buena fe del usucapiente.

IV. EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 36 LH establece, respecto de la prescripción del dominio, la siguiente reglamentación:

Las relaciones entre el usucapiente y el titular inscrito frente al que se inicia la usucapión, se rigen por el Derecho Civil puro: «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble... que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil».

En cuanto a las relaciones entre el usucapiente y el tercero, se distinguen los siguientes supuestos:

1. La prescripción comenzada le perjudica plenamente y, por tanto, se computará en su contra el tiempo posesorio anterior a la adquisición.
2. La prescripción consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente al acto adquisitivo, le perjudicará igualmente en estos dos casos:
 - a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
 - b) Siempre que no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición.

(110) En igual situación están los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.473 del Código Civil.

(111) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, «Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía», en *CNRPE*, Madrid, 1967, págs. 70 y 71.

En los epígrafes siguientes trataré de analizar los aspectos más polémicos de esta regulación.

A) EL ÁMBITO NORMATIVO DEL PRECEPTO

Se discute si el artículo 36 LH se refiere a la usucapión ordinaria, a la extraordinaria o a ambas a la vez.

Para SANZ, el precepto se remite únicamente a la prescripción ordinaria. A su juicio, la usucapión extraordinaria consumada prevalece siempre contra el tercero hipotecario, de conformidad al artículo 1.959 del Código Civil, que mantiene todo su vigor porque para que hubiera quedado sin efecto sería necesario que la Ley Hipotecaria reformada lo hubiera derogado expresamente. Además, en su opinión, tampoco cabe invocar, en este punto, el artículo 462 del Código Civil «que sólo se refería a la posesión inscrita y hoy carece de virtualidad» (112).

Por el contrario, NÚÑEZ LAGOS (113) estima que la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil deja reducido el ámbito de aplicación del artículo 36 LH a la prescripción extraordinaria. A esta posición se adhiere GARCÍA GARCÍA, quien argumenta, también, que dicho precepto no puede referirse a la usucapión ordinaria porque no cabe buena fe «en contra de los pronunciamientos de la publicidad registral» ni el usucapiente —en base al art. 35 LH— puede disponer de justo título mientras subsista la inscripción a favor del tercero (114). En igual sentido se pronuncia AZPIAZU, quien considera «imposible que contra el Registro se pueda ostentar buena fe ni justo título» (115).

El antagonismo de estas dos posiciones lleva a ROCA SASTRE a pronunciarse con cierta ironía: de ser ciertas ambas posturas, el artículo 36 LH «resultaría completamente superfluo, por inaplicabilidad» y «esto solo ya permite sostener, sin peligro de equivocarse, que al menos una de ambas opiniones es axiomáticamente falsa» (116).

En realidad, en la Ley de reforma de 1944, la *voluntas legislatoris* es inequívoca. La nueva Ley *quiere regular* de forma *global y completa* la usucapión contra Registro, en sus dos manifestaciones o modalidades, ordinaria y extraordinaria. No es ya que el artículo 36 no distinga —*ubi lex non*

(112) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, Tomo I, págs. 559 y 560.

(113) Cfr. «Variaciones...», *op. y loc. cit.*, pág. 13.

(114) Cfr. GARCÍA GARCÍA, «Derecho Inmobiliario Registral...», *op. y loc. cit.*, Tomo III, págs. 129-134.

(115) «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 330.

(116) «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 663, nota 1.

distinguit, nec nostrum est distinguere— como recuerdan DE LA RICA (117) y ROCA (118). Es que el Preámbulo que acompaña al Proyecto legislativo así lo expresa de forma indubitada y categórica. La Ley intenta resolver «el complejo problema que para todo el sistema supone la adecuada correspondencia entre la prescripción y el valor jurídico inatacable que conviene dar a los asientos registrales». «La prescripción, uno de los fundamentales modos de adquirir (y nótese que tan modo de adquirir es la ordinaria como la extraordinaria) no puede ser ignorada por los regímenes inmobiliarios. Los cánones de nuestros textos positivos la tratan con evidente imprecisión. Acomodar sus diversos preceptos plantea temas erizados de dificultades. A robustecer el sistema y mantener a la vez la indispensable paridad entre el asiento registral y la verdad jurídica responde la nueva fórmula».

Si alguna distinción recoge el Preámbulo, es la diferenciación clásica entre la prescripción que «convalida y ratifica las situaciones registrales» y «aquella otra que actúa en contra de los derechos inscritos» y, dentro de ésta, la que ha «tenido lugar frente a personas que posean o no la condición de terceros adquirentes a título oneroso».

Y así lo viene interpretando la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Que el artículo 36 LH abarca la usucapión extraordinaria resulta del Fundamento cuarto de la sentencia de 21 de abril de 1997. Que dicho precepto comprende y se refiere también a la prescripción ordinaria se deduce igualmente de las siguientes sentencias: 12 de diciembre de 1994 en el Fundamento tercero; 8 de octubre de 1997 en el Fundamento sexto y 30 de octubre de 1998 en sus Fundamentos cuarto y quinto.

Ahora bien, una cosa es que la Ley de Reforma *haya querido* regular la usucapión *contra tabulas*, en sus dos modalidades y otra muy distinta es que *haya podido hacerlo*, por razón de los límites de su capacidad normativa. Dilucidar esta cuestión exige, respecto de la usucapión extraordinaria, examinar la posible antinomia entre el artículo 36 LH y el artículo 1.959 del Código Civil; y respecto de la prescripción ordinaria —además de las relaciones entre el precepto hipotecario y el art. 1.949 del texto codificado— estudiar también el problema de si es posible la buena fe frente a los pronunciamientos tabulares.

1. En opinión de SANZ —decíamos— la usucapión extraordinaria consumada prevalece siempre frente al tercero hipotecario (119). A su juicio, existe un claro paralelismo entre los artículos 1.949 (prescripción ordinaria) y 1.959

(117) Cfr. «La Reforma Hipotecaria...», *op. y loc. cit.*, págs. LXIII y LXIV.

(118) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 659. LUNA SERRANO señala también que el artículo 36 LH: «es norma por igual aplicable a la usucapión ordinaria y a la extraordinaria» (*op. y loc. cit.*, pág. 2120).

(119) Cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, págs. 559 y 560.

(prescripción extraordinaria). Ambos preceptos no sólo tienen un contenido civil sino a la vez hipotecario. Los dos definen también los efectos de la usucapión frente a terceros: el artículo 1.949 exige la inscripción del justo título para que la ordinaria pueda llegar a perjudicarlo; en la extraordinaria, según el 1.959, basta la simple posesión no interrumpida durante treinta años.

Esta argumentación no es tan endeble como pretende ROCA (120), pero lo cierto es que hace supuesto de la cuestión:

- a) El artículo 36 LH y el 1.959 del Código Civil se desenvuelven en planos normativos distintos, en los planos autónomos de la ley civil y la ley de terceros. El precepto civil no contiene alusión alguna ni al tercero ni al Registro de la Propiedad; se refiere únicamente a los *requisitos* de la prescripción extraordinaria de inmuebles y, desde luego, está plenamente en vigor, «sólo que detendrá sus efectos en el caso excepcional del tercero registral *pluscuamperfecto*» que delimita el artículo 36 de la Ley tabular (121).

La misma orientación sigue MENÉNDEZ HERNÁNDEZ. El Código, en el artículo 1.959, regula únicamente la usucapión «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» (122).

Debe resaltarse, además, que el artículo 1.959 ni siquiera en el plano civil es un precepto *completo*. La jurisprudencia se ha visto obligada a reiterar que la usucapión extraordinaria de inmuebles requiere, también, una posesión *en concepto de dueño*, extremo que, curiosamente, no aparece recogido en el texto codificado.

- b) En la prescripción extraordinaria de muebles, dispone el artículo 1.955 del Código Civil que se prescribirá el dominio por la posesión no interrumpida de seis años, «sin necesidad de ninguna otra condición». Sólo si el artículo 1.959 terminase —que no termina— con esta frase, cabría empezar a admitir, como apunta VILLARES (123), la posición dialéctica que se combate.

(120) ROCA SASTRE, anticipándose al examen crítico de sus argumentos, los califica de inconsistentes y fácilmente rebatibles (cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, págs. 661-663).

(121) DE LA RICA, *op. y loc. cit.*, pág. LXIV. En igual sentido, VILLARES PICO (cfr. *La posesión y el Registro*, pág. 417).

(122) *Op. y loc. cit.*, pág. 459.

(123) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 417.

- c) El artículo 1.959 está condicionado por el reenvío que el 462 del Código efectúa a la Ley tabular «para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero». La afirmación de SANZ de que este último precepto no tiene virtualidad alguna porque se refiere a una posesión inscrita que hoy carece de viabilidad (124), es una afirmación gratuita, ya que la norma civil remite inequívocamente a la legislación hipotecaria y, por tanto, en la actualidad, al artículo 36 de la ley registral (125).
- d) Ateniéndonos exclusivamente al Código Civil, la usucapión extraordinaria consumada es un título dominical inscribible (126), a través del reconocimiento del titular registral afectado o en virtud de homologación judicial, siendo, en este caso, anotable la demanda rectora (127). En consecuencia, es un título que cae dentro de la sanción del artículo 606 del texto codificado: si no está debidamente inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad, no puede perjudicar a tercero.
- e) En todo caso, admitamos, a efectos dialécticos, que el artículo 1.959, a pesar de su inserción en el Código, contiene también un *mandato hipotecario* y define los requisitos que debe reunir la prescripción extraordinaria, incluso para que pueda afectar a tercero. Pues bien, si en este punto es un precepto hipotecario, no hay obstáculo para que pueda ser derogado o modificado por una *ley posterior* —art. 36 de la reforma 1944-46— *de contenido también hipotecario*.

2. Respecto de la usucapión ordinaria, y analizado ya el artículo 1.949 del Código Civil, debemos examinar ahora, por ser un requisito de la misma (128), si cabe la buena fe frente a los pronunciamientos del Registro. Consideraré este problema, de forma autónoma, en el epígrafe siguiente.

B) EL PROBLEMA DE SI ES POSIBLE LA BUENA FE CONTRA LOS PRONUNCIAMIENTOS TABULARES

A tenor del artículo 1.950 del Código Civil, la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño

(124) Cfr. artículo 5 LH.

(125) En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, «Artículo 462», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, pág. 1238.

(126) Cfr. artículos 609 del Código Civil y 2 LH.

(127) Cfr. artículo 42.1 LH.

(128) Cfr. artículo 1.940 del Código Civil.

de ella y podía transmitir su dominio. Según el 433 del mismo cuerpo legal, se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Pues bien, las opiniones están radicalmente divididas, acerca de si es o no posible la buena fe frente a los pronunciamientos del Registro.

1. La posición negativa se apoya en dos argumentos: a) el principio de publicidad tabular. b) el principio de equidad, que demanda del prescribiente la misma diligencia que se exige al tercero hipotecario:

a) Para AZPIAZU, admitir la buena fe del usucapiente frente a las declaraciones registrales, es ir contra la doctrina de la publicidad hipotecaria: «si lo que consta en el Registro no emana hacia fuera, si los derechos inscritos pueden ser desconocidos tan alegremente, ¿en qué consiste la publicidad registral, ni cuál es su fuerza?»; «¿es que el dominio, publicado por el Registro, siendo como es el primero de los derechos reales, no ha de producir sus efectos *erga omnes*?» (129).

Para PORCIOLES, en «sistemas como el español, en que los derechos nacen fuera del Registro de la Propiedad, quien prescribe un derecho inscrito debe ser considerado de mala fe, a no ser que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapición anterior. En el derecho actual no puede admitirse, bajo pena de dejar completamente inoperante el Registro, que *la justa opinio quaesti domini* pueda adquirirse sin acudir a los libros del mismo» (130).

Y GARCÍA GARCÍA insiste en el mismo argumento: «si la finalidad del Registro de la Propiedad, dentro del sistema inmobiliario, es la publicidad del dominio y de los derechos reales, supone un olvido o negligencia inadmisibles, no tener en cuenta la pasividad (del usucapiente) respecto a la institución registral, cuya finalidad es esa publicidad de titularidades frente al fenómeno nocivo de la clandestinidad» (131).

b) De otro lado, y apoyándose en razones de equidad, arguye LA RICA (132) «que debe existir cierto paralelismo entre las realidades objetivas que sirven para excluir al titular registral del ámbito protector de la buena fe y aquellas otras que permiten negar buena fe al poseedor». «Dada esta simetría, el juzgador, al apreciar los hechos, debe dar un tratamiento equitativo a

(129) «Con motivo de la publicación de un libro notable. Breve comentario», en *RCDI*, año 1946, págs. 851 y 862. Con igual argumentación en: «¿Se da la prescripción contra el titular registral?», en *RCDI*, año 1946, págs. 736 y 737.

(130) *Op. y loc. cit.*, pág. 174.

(131) *Op. cit.*, Tomo III, pág. 133.

(132) Cfr. «La buena fe y la publicidad del Registro», en *RCDI*, año 1949, págs. 556-558.

los problemas de apreciación de la buena fe en un caso y en el otro. Lo que no podrá hacer —pues realmente implicaría una subversión del buen orden jurídico— es dar trato más favorable al adquirente sin título inscrito que al adquirente que inscribe su derecho sobre la base de una inscripción anterior».

Si al titular registral —a efectos de la buena fe— se le exige investigar la situación posesoria extratabular, también el usucapiente «debe estar obligado a conocer la situación jurídica de la finca que va a adquirir, y existiendo una oficina pública, como el Registro de la Propiedad, ese futuro usucapiente pudo y debió (consultarlo) antes de realizar su adquisición. «Sería inconcebible hacer de peor condición al titular inscrito que a un usucapiente civil cuyo título suele ser un documento privado. Si al primero, para considerarle de buena fe y ser mantenido en su adquisición, se le exige una buena fe pluscuamperfecta, esto es, que ignore el hecho posesorio ajeno y que no haya habido motivos suficientes o causas racionales para poder conocerlo, al segundo también debe exigírsele, por lo menos, la diligencia de un buen padre de familia, o sea conocer el estado registral de la finca adquirida».

En estos mismos argumentos abunda también GARCÍA GARCÍA: «es absurdo que, cuando se plantea un conflicto de intereses —como lo califica la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944— se exija al tercero hipotecario una diligencia en la buena fe, y en cambio, no se exija la misma o mayor diligencia en la buena fe del usucapiente. Se trataría de una desigualdad jurídica inadmisibles, pues en la misma situación se aplicarían dos varas de medir diferentes» (133).

2. Postura radicalmente diferente mantienen SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE (134).

Para SANZ, la apreciación de PORCIOLES de que quien prescribe contra un dominio inscrito no puede tener buena fe es un punto de vista difícil de admitir porque se opone a las bases del sistema inmobiliario español: es incompatible con el concepto de la buena fe (arts. 433 y 1.950 del Código Civil); es asimismo incompatible con el carácter puramente declarativo de la inscripción en nuestro Derecho; olvida que para adquirir el dominio basta el contrato y la tradición (art. 609 del Código Civil); se desentiende de la posibilidad de inexactitud registral; parte de una base falsa como es la de que el poseedor no deriva su causa directa o indirectamente de algún titular registral, sea el actual u otro anterior, siendo así que la experiencia demuestra que lo que ocurre es normalmente lo contrario (135).

(133) *Op. cit.*, Tomo I, págs. 132 y 133.

(134) También para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS «cabe, en principio, incluso la buena fe contra el Registro, pues no hay presunción de que el poseedor lo conozca» (*op. cit.*, Tomo I, pág. 144, nota 41).

(135) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, Tomo I, pág. 548, nota 55.

ROCA SASTRE (136) considera que, en la usucapión, el concepto de buena fe es autónomo y ajeno a los pronunciamientos tabulares. Y argumenta del modo siguiente: *a)* El artículo 36 LH establece categóricamente que frente al titular inscrito que no tenga la consideración de tercero, la usucapión se produce de acuerdo *exclusivamente* con las reglas del Derecho civil. *b)* Dicho precepto admite la prescripción *contra tabulas* sin distinguir entre usucapión ordinaria y extraordinaria. *c)* Hay que diferenciar entre el estado psicológico de buena fe y la conducta negligente o culposa: el artículo 1.950 del Código Civil exige «la buena fe a secas», sin conexión alguna con la idea de culpa leve o lata. *d)* La inscripción del usucapido no implica juego alguno de afección para el usucapiente debido a que éste «no adquiere en virtud de un negocio jurídico de tráfico», sino que accede a «una propiedad o derecho real nuevo».

Los tres primeros argumentos tienen una solidez considerable. El último, sin embargo, puede ser cuestionado. La buena fe ha de considerarse en relación al título; se cree o se ignora respecto del título (137) y, si bien —como señala Díez-PICAZO— la usucapión es un modo originario de adquirir, «no produce el efecto adquisitivo *ex nihilo*»; en la mayor parte de los supuestos «el usucapiente lleva a cabo un negocio adquisitivo, que, en cuanto tal, puede quedar sometido a las reglas de las adquisiciones derivativas» (138).

Por mi parte, quisiera partir de dos consideraciones generales y una distinción.

1. En cuanto a las consideraciones generales

- a)* La concurrencia de buena o mala fe, como es sabido, constituye una cuestión de hecho reservada a la facultad resolutoria de las Salas de Instancia (139). Pero esto no impide la búsqueda y fijación de pautas objetivas que contribuyan al correcto enjuiciamiento de la cuestión.
- b)* La buena fe del usucapiente a que se refiere el artículo 1.950 del Código Civil implica una *fe racional*. Una *creencia irracional* en los extremos a que se refiere el precepto no habilita para usucapir en forma ordinaria (140). Y esto por las siguientes razones:

(136) Cfr. *op. cit.*, Tomo I, págs. 659 y 660.

(137) Cfr. Díez-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, pág. 621.

(138) Cfr. *op. cit.*, vol. II, págs. 584 y 585.

(139) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo: 15 de febrero de 1984, 29 de noviembre de 1985 y 12 de junio de 1987.

(140) DE LA RICA recuerda cómo el ponderado MANRESA, hace mucho tiempo, había sostenido que «la buena fe que concurra en el poseedor debe ser fundada, no bastando para ello una creencia cualquiera destituida de fundamento» (*op. y loc. cit.*, pág. 554. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XII, pág. 804).

- Porque el Derecho Civil toma como paradigma el *sujeto social racional*, ya que se trata de un Derecho que regula las relaciones ordinarias y más generales de la vida en las que el hombre se manifiesta como tal (141). Y de ahí que obste a la usucapión el error *inexcusable* del poseedor: *probabilis* (excusable) *error possidentis usucapioni non obstat* (142).
- Porque los artículos 1.950 y 433 del Código, no sólo reclaman la *fides*, la confianza o creencia, sino la *bona fides* y por tanto exigen la racionalidad inherente a la condición humana. «La palabra *bona* —nos dice ROCA SASTRE— significa práctica, uso, conducta, proceder o modo de producirse propio de un hombre honrado o leal, concebido éste como tipo abstracto, general o ideal, extraído de la masa o serie de personas normales» (143).
- Porque si es cierto que los menores e incapacitados pueden adquirir la posesión, en cuanto tengan una voluntad lo bastante madura para dar origen a un poder de hecho sobre la cosa (144), es, sin embargo, en sus representantes legales —dado el carácter racional de la *fides*—, donde debe radicar o residir la buena fe (145).
- En cualquier caso, el juzgador, precisamente porque juzga, lo hace desde parámetros racionales. Y por eso, difícilmente estimará la buena fe si la presunta convicción o creencia del usucapiente, resulta irracional desde la perspectiva del hombre corriente. Es decir, la misma irracionalidad de la creencia contribuiría a demostrar su inexistencia.

2. En cuanto a la distinción que debe hacerse

En mi opinión, en el problema que nos ocupa, deben distinguirse dos cuestiones: a) Si el usucapiente, para formar la creencia a que se refiere el

(141) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, Tomo I, pág. 25.

Así, el artículo 1.104 del Código Civil define la culpa como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; el artículo 1.106 habla de los daños que se hayan podido prever; el 1.253 se remite a las *reglas del criterio humano*, y el 1.267 se refiere al temor *racional y fundado*.

(142) D. 41.10.5. Cfr. DOMINGO Y RODRÍGUEZ ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 108.

(143) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 520.

(144) Cfr. MARTÍN PÉREZ, «Artículo 443», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, año 1980, Tomo VI, pág. 197.

(145) Para la buena fe del artículo 34 LH, cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 537. CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, Tomo I, pág. 262.

artículo 1.950 del Código Civil, está obligado a consultar el Registro. *b)* Si puede sostener su buena fe a pesar de que *conoce* que los pronunciamientos tabulares son contradictorios o incompatibles con su justo título.

a) Para la primera cuestión, la respuesta debe ser negativa. El usucapiente no está obligado a consultar el Registro. Y esto por dos razones:

- Porque el artículo 1.949 del Código Civil —al igual que la Ley Hipotecaria vigente y todas las anteriores— admite que pueda iniciarse y consumarse la usucapición ordinaria frente a un titular inscrito. Esto quiere decir, cuando menos, que el prescribiente *que no ha consultado el Registro*, puede tener buena fe y prescribir en forma ordinaria contra un título intabulado. El artículo 1.949 implica que la publicidad registral no emana al exterior de modo fatal, excluyendo en *todo caso* la buena fe del usucapiente.
- Porque en el sistema español la inscripción es voluntaria. El Registro de la Propiedad no contiene un censo completo de titularidades dominicales. Por eso, no hay razón alguna para exigir del prescribiente la consulta a un archivo u organismo, que no suministra información cumplida sobre los extremos atinentes al caso.

La tesis que reclama al usucapiente la diligencia o buena fe cualificada que al tercero demanda el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, no puede admitirse. Como ha declarado la jurisprudencia (146), la buena fe de los artículos 433 y 1.950 del Código, no es un *estado de conducta* sino un *estado de conocimiento*. Los requisitos de la usucapición se rigen exclusivamente por el Derecho civil, sin interferencias tabulares, y aquel «exige la buena fe a secas», «es decir sin conexión alguna con la idea de culpa, ni leve ni lata» (147).

No obstante, conviene hacer dos salvedades, advirtiendo que no se apoyan ni en el artículo 1.950 del Código Civil ni en consideraciones tabulares, sino en el principio general de exigencia de la buena fe (148). Porque, en efecto, hay que distinguir con DIEZ-PICAZO, entre la buena fe como «concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas (entre ellas, el art. 1.950) para describir o delimitar un supuesto de hecho» y la buena fe que «se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho» y que exige un comportamiento leal en el concierto y desenvolvimiento de las relaciones negociales, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones (149).

(146) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero de 1981.

(147) ROCA SASTRE, *op. cit.*, Tomo I, pág. 660.

(148) Cfr. artículo 7.1 del Código Civil.

(149) Cfr. *Prólogo* a FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 1977, págs. 11 y 12.

- El progresivo arraigo de la institución tabular en la conciencia jurídica del país, el ingreso masivo de la propiedad inmueble en el Registro, la generalización de la consulta a los libros registrales en la fase previa a la formalización de los negocios inmobiliarios, pueden favorecer, en el futuro, una tendencia jurisprudencial que reclame del usucapiente —a efectos de la buena fe— el examen de los libros fundiarios. Porque la buena fe, como principio general de orientación ética, exige el comportamiento «adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible» (150), «el proceder honesto, esmerado, diligente» que corresponde al arquetipo de conducta social (151).
- Que en los casos excepcionales o difíciles de materializar en la práctica, en que el usucapiente se acoge a la protección registral, no puede, en justa correspondencia, ignorar los pronunciamientos del Registro. Es el caso de la sentencia de 7 de junio de 1988:

A intabula una finca en el Registro por un título de donación, «con la obligación de pagar los derechos legitimarios a sus demás hermanos». Sus herederos B y C, previa registración del título sucesorio, venden a D la referida finca, «libre de gravámenes». D inscribe, si bien se hace constar en el asiento la afección del inmueble a la expresada carga. Planteada la cuestión de si D «ha usucapido o no la propiedad que en dichas fincas corresponde a los hermanos del donatario como consecuencia de los derechos legitimarios», la Sala, acogiendo los argumentos de la Sentencia recurrida, entiende que no ha habido buena fe por cuanto el adquirente de la finca en cuestión «sabía o *podía saber* antes de la compra del expresado predio, por la publicidad del Registro de la Propiedad, que la finca estaba afectada al gravamen del pago de las legítimas de los hermanos del donatario».

b) Respondiendo a la segunda cuestión, si el usucapiente *conoce* los pronunciamientos del Registro y estos son contradictorios o incompatibles con su justo título, entiendo que no puede invocar buena fe. Y esto, también por dos razones:

- Porque *intelectivamente* no puede sustraerse al mandato del artículo 38 LH: a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro, existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (152).

(150) DIEZ-PICAZO, «Prólogo...», *op. y loc. cit.*, pág. 14.

(151) DIEZ-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, vol. I, pág. 51.

(152) Para el estudio de las relaciones entre la presunción del artículo 28 LH y la presunción del artículo 448 del Código Civil, véase GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, Tomo I, págs. 683-686.

- Porque el artículo 1.950 del Código Civil exige del usucapiente una *creencia*. Y una creencia supone por definición —diccionario de la Real Academia— el *firme* asentimiento y el *completo* crédito que se presta a un hecho o noticia como seguros o ciertos. Si los pronunciamientos del Registro son contrarios o incompatibles con la posición jurídica del usucapiente, éste no tendrá ya una creencia porque no podrá juzgar *firme* su título ni dar *completo crédito* a la titularidad dominical y poder dispositivo de su *tradens*. Y por eso, es regla o principio consolidado en Derecho, que la posesión *dubitativa* no aprovecha para la prescripción (153).

Frente a este criterio sólo cabe admitir una excepción: aquellos casos en que por la notable antigüedad del último asiento registral vigente pueda llegarse *racionalmente* al convencimiento de que han existido transmisiones posteriores no inscritas (154).

Por otra parte, la exclusión de la buena fe cuando el usucapiente conoce los pronunciamientos tabulares tiene hoy importantes repercusiones prácticas, a tenor del artículo 175 RN (155), en el caso de que hubiera adquirido por escritura pública:

- Antes de autorizar cualquier operación de transmisión o gravamen de bienes inmuebles, el Notario deberá haber obtenido información del Registro de la Propiedad sobre la descripción de la finca, su titular y las cargas, gravámenes o limitaciones vigentes, información que se *hará saber a los otorgantes y se reflejará en la parte expositiva de la escritura*.
- Además, y en todo caso, el Notario hará advertencia expresa de que sobre las manifestaciones de la parte transmitente, *prevalecerá la situación registral* existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada.

En materia de prescripción, los pronunciamientos del Registro, en cuanto conocidos por el usucapiente, entroncan con nuestro Derecho histórico y, en cierta medida, equivalen a la advertencia a que se refiere la Ley X del Título XXIX de la Partida III: «Desapoderado seyendo alguno de su cosa, si aquel que fuesse tenedor de ella, la quisiesse vender, o cambiar, o dar a otri, si este cuya es, dixese al que la quiere comprar, o auer por alguna destas razones, que aquel que gela quiere vender, o dar, o cambiar, non lo puede fazer. nin ha derecho en ella; si después desto la comprasse, o la ouiesse en otra manera, non auria buena fe en tenerla; e maguer fuesse tenedor della tres años, non la podria ganar. Ca entiéndese que la comparia, o la auria maliciosamente, pues que asi fuese apercebido».

(153) Cfr. LÓPEZ DE HARO, *Diccionario de reglas, aforismos y principios del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 271.

(154) En este sentido, PORCIOLES, *op. y loc. cit.*, pág. 174.

(155) Redactado en la forma que establece el artículo primero del Real Decreto de 18 de diciembre de 1992.

C) LOS REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO

Frente al titular inscrito que haya adquirido a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, *prevalece* la usucapión consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, en dos únicos supuestos:

- Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar la adquisición, que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
- Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer tal posesión de hecho, la consienta expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición.

En esta materia, la redacción del artículo 36 LH plantea numerosas dudas interpretativas.

1. *El conocimiento de la situación posesoria*

El tercero resulta perjudicado por la usucapión, no sólo cuando, al tiempo de adquirir, conoce la posesión del usucapiente, sino también cuando en esa fase temporal tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla.

Esto agrava, sin duda, la posición del tercero, al que ahora se le exige —a diferencia del art. 34 LH— una buena fe *cualificada* que, siendo de apreciación más compleja, aumenta el nivel de discrecionalidad de los Tribunales, en detrimento de la seguridad del tráfico (156).

Desde luego, sólo en supuestos excepcionales, conocerá el adquirente la posesión del prescribiente, porque nadie *compra un pleito* a precio de mercado, ni nadie que quiera adquirir la propiedad está dispuesto a abonar su justa estimación para convertirse en mero cesionario de una acción reivindicatoria (157). Por el contrario, civilistas e hipotecaristas, han exagerado el alcance de la expresión *medios racionales y motivos suficientes*, hasta dejar desguarnecido al tercero.

(156) En este sentido, VILLARES PICO, *op. y loc. cit.*, pág. 424.

(157) Vid., el interesante estudio de PARDO NÚÑEZ, «La transmisión de la propiedad por el propietario no poseedor. Defensa del artículo 36 de la Ley Hipotecaria», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 69, año 1996, págs. 526-534.

Se dice así que siempre existirán esos medios o motivos (158); que los Tribunales siempre resolverán la cuestión a favor del usucapiente (159); que todo adquirente dispone de medios racionales para descubrir la posesión enervadora de su derecho (160); que el prescribiente siempre puede probar que al tercero le era posible saber o averiguar el hecho posesorio (161).

La opinión de SANZ (162) es, si cabe, más rigurosa. A su juicio, siempre hay motivos suficientes para conocer la situación posesoria de la finca. La *culpa lata* excluye la buena fe del tercero: no basta que actúe con la diligencia de un buen padre de familia, ha de exigírsele «el especial cuidado que un hombre extremadamente celoso de sus negocios pone en los mismos» (163). Todo ello, nos dice, «refuerza extraordinariamente la posición del poseedor y *priva de todo valor a las complicadas normas del artículo 36*, sin que por ello se pueda considerar como un defecto de este precepto, sino como consecuencia de la poderosa fuerza de la usucapión y de la imposibilidad de proteger contra ella al adquirente de la finca» (164). ROCA, no obstante, atenuando este rigorismo, entiende que el artículo 36 LH se refiere a «la negligencia crasa e inexcusable propia de un hombre abandonado» y excluye únicamente la buena fe del tercero cuando su concreta adquisición «se ha *producido en circunstancias tales*, que permitan afirmar que el mismo contó con medios o elementos racionalmente *bastantes* o que tuvo motivos o razones *suficientes* para poder conocer, saber o enterarse de la que la finca o derecho estaba poseído en concepto de dueño por otra persona» (165).

En mi opinión, hay que volver al texto del artículo 36 y analizarlo con ponderación.

El tercero perderá la protección registral cuando ante sí, ante los ojos de un hombre normal y *sin actividad indagatoria de clase alguna*, se desplieguen o aparezcan datos o elementos *inequívocos* que muestren una posesión contradictoria en concepto de dueño (166). Por tanto, en el limitado espacio de tiempo que va desde el inicio de los tratos preliminares hasta la perfección

(158) Cfr. DE LA RICA, «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, pág. 544.

(159) Cfr. DE LA RICA, «La reforma hipotecaria...», *op. y loc. cit.*, pág. LXII, nota 40.

(160) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*, pág. 461.

(161) Cfr. VILLARES PICO, *op. y loc. cit.*, pág. 424.

(162) Cfr. «Instituciones...», págs. 552 y 553.

(163) *Ibidem*, pág. 553. Por contra, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1984, se refiere a *una conducta teñida de grave negligencia*.

(164) *Ibidem*, pág. 552.

(165) ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 668.

(166) Para BERGAMO sólo puede decirse que ha existido mala fe por parte del tercero inscrito «cuando resulte claro y de una manera ostensible» que hay una prescripción en curso o consumada, o un poseedor en concepto de dueño que está en relación directa y constante con la finca (cfr., *op. y loc. cit.*, pág. 176).

del contrato (167), la posesión del usucapiente debe revelarse y aparecer ante el tercero a través de signos que expresen un ejercicio manifiesto y que se correspondan con un modelo de comportamiento dominical (168). Sólo entonces habrá *motivos suficientes* (169) para conocer de *forma inmediata y directa*.

Cuestión muy distinta de la anterior, es la de si el tercero ha de realizar alguna actividad indagatoria y cuándo debe hacerlo. Aquí ya no hay un conocimiento directo e inmediato. Motivos, fines y medios aparecen engarzados de forma secuencial. El fin, como objetivo a conseguir, exige ahora desplegar medios o recursos instrumentales. Pero el fin no es un concepto autosuficiente ni surge por sí mismo: precisa de unos motivos o razones que induzcan a su consecución, porque *motivo* es la causa que mueve a actuar, que mueve para una cosa, que determina que se haga algo (170).

En el artículo 36 LH, la actividad indagatoria (medios) dirigida a conocer la verdadera situación posesoria (fin), ha de responder, según sus propios términos, a una motivación suficiente. Y no podrá haber más motivo que la *sospecha racional* de una posesión anómala o contradictoria (171). Ahora bien, en defecto de aquellos datos o elementos inequívocos a que me refería antes, esta situación de sospecha difícilmente se produce en la práctica.

La disociación entre titularidad dominical y posesión en concepto de dueño representa una escisión patológica (172) que, por serlo, no tiene por qué ser prevista; el tercero adquiere generalmente a través de una tradición instrumental en la que no se ha hecho reserva o salvedad alguna (173); adquiera, además, de un *tradens* en quien debe presumirse la buena fe (174) y de un titular inscrito que tiene a su favor la presunción posesoria del artículo 38 LH, es decir, de un sujeto que, o bien debe presumirse que tiene la posesión material (175), o bien debe ser tratado como un propietario-posee-

(167) Me refiero, obviamente, al modelo *standard* de negociación contractual.

(168) Para posesión pública y en concepto de dueño, véase DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, págs. 483 y 472.

(169) *Suficientes, bastantes, precisos, sin sobra ni falta* (cfr. Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*).

(170) Cfr. «Diccionario del Español Actual, Diccionario de la Lengua Española. Gran Diccionario Larousse», *op. cit.*

(171) Para LACRUZ BERDEJO no hay obligación alguna de emplear medios extraordinarios para comprobar el estado posesorio de la finca y «basta observar, si no hay sospechas de una situación anormal, una conducta que pueda ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio» (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 268).

(172) Cfr. artículo 348 del Código Civil.

(173) Cfr. artículo 1.462 del Código Civil.

(174) Cfr. artículos 7 y 1.258 del Código Civil.

(175) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios...», *op. cit.*, págs. 196 y 197.

dor (176). En estas condiciones, difícilmente puede surgir una sospecha racional y, por tanto, sólo en supuestos excepcionales podrá exigirse al tercero una actividad indagatoria añadida.

Respecto de los *medios racionales* para conocer, conviene, también, hacer una precisión complementaria. En el proceso averiguatorio de la situación posesoria, ocupa lugar destacado la interlocución con aquellas personas que, por su asentamiento convivencial en el lugar donde radican los inmuebles, disponen de un conocimiento privilegiado acerca de su estado y circunstancias. Ahora bien, en los momentos actuales, la contratación se verifica en un contexto interespatial y al margen de círculos locales, y por tanto, será muy frecuente que el adquirente *carezca de arraigo social* en el lugar de situación de los predios. En estas condiciones, difícilmente podrá identificar a interlocutores cualificados, dispuestos, además, a proporcionar información fiable.

2. *Contenido del conocimiento posesorio, referencia temporal y prueba*

a) El tercero, para ser perjudicado por la usucapión, ha de tener un conocimiento cierto o potencial de que la finca o derecho está poseída de hecho y *a título de dueño* por persona distinta de su transmitente.

En la determinación de cuál sea el significado de la expresión *en concepto de dueño* importa más, como señala Díez-Picazo, la materialización de una conducta que la existencia de una voluntad. Poseedor a título de dueño será —nos dice— la «persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma» (177). Posesión a título de dueño —puntualiza Ruiz-Rico— es la «posesión en concepto de titular del derecho de propiedad» que se exterioriza a través del ejercicio de las facultades inherentes al dominio (178).

La tenencia de la posesión *en concepto de dueño* es una situación sometida a la apreciación del Juez (179). Y no será fácil para el usucapiente probar el conocimiento del tercero acerca de este extremo porque no se trata de un problema físico (180) sino de una circunstancia que implica enjundia jurídica y supone información compleja. Como señala Roca (181), una persona puede mantener contacto posesorio con la cosa no sólo a título de dueño, sino de

(176) Cfr. Roca Sastre, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, págs. 262-266.

(177) *Op. cit.*, vol. II, pág. 472.

(178) Ruiz-Rico Ruiz-Morón, en *Curso de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, vol. III, pág. 90.

(179) Cfr. Villares Pico, *op. y loc. cit.*, págs. 431-432.

(180) Cfr. *ibidem*, pág. 431.

(181) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 665.

titular de un derecho real limitado o incluso de mediador posesorio o de simple detentador.

Sobre este tema casi todo está dicho y por eso quisiera plantear ahora la cuestión de si es posible admitir que el usucapiente posee a título de dueño, cuando es el usucapido el que viene abonando los impuestos y cumpliendo las obligaciones fiscales correspondientes a la titularidad dominical del inmueble.

En este punto, la Constitución española proyecta sobre la prescripción una sombra inquietante. No hay que olvidar que conceptos jurídicos tradicionales o típicos «pueden resultar interpretados —incluso afectados o integrados— a través de los principios o normas constitucionales» (182).

El deber de los ciudadanos de contribuir a los gastos públicos (183), constitucionalmente hablando, se remonta al artículo 8 de la Constitución de Cádiz de 1812 (184) pero, en lo que afecta a los impuestos derivados del dominio, se trataba entonces de una obligación *externa* al propietario. En los momentos actuales, el sistema tributario forma parte de la Constitución económica, que es, a su vez, manifestación y emanación del Estado social (185), y si bien se reconoce el derecho a la propiedad privada, es *la función social* de este derecho la que delimita su contenido (186).

La función social —nos dice ÁLVAREZ CONDE, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional— (187), no es una mera limitación externa, sino que *forma parte del contenido esencial del dominio*. El derecho de propiedad «se configura y protege... como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, *como un conjunto de derechos y obligaciones* establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad» (188). Entre estos deberes, que forman parte del estatuto de la propiedad y su estructura interna, *está obviamente la satisfacción de las obligaciones fiscales*. De aquí se extraen dos consecuencias:

- Que, en principio, no puede poseer *a título de dueño* el usucapiente que se sustrae al cumplimiento de esas obligaciones, consintiendo que sea

(182) ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El Derecho Civil Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, págs. 76 y 77. A la necesidad de proyectar la Constitución sobre el régimen dominical del Código se refiere también ALONSO PÉREZ, «La propiedad en el Código Civil», en *Historia de la Propiedad en España*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 505 a 507.

(183) Cfr. artículo 31.1 de la Constitución.

(184) En igual sentido, el artículo 13 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789 y la Sección 8.^a del artículo 1 de la Constitución norteamericana de 1787.

(185) Cfr. Artículo 1.1. de la Constitución. Vid. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español*, Átomo Ediciones, Madrid, 1988, vol. 1, pág. 288.

(186) Cfr. artículo 33.1 de la Constitución.

(187) Cfr. Sentencia 37/87, de 26 de marzo.

(188) *El régimen político español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 209. En igual sentido, TORRES DEL MORAL (*op. cit.*, vol. I, págs. 313 y 314).

el usucapido quien efectúe las declaraciones tributarias y abone los impuestos correspondientes a la titularidad dominical del inmueble.

- Que, en todo caso y mientras persista esta situación, los posibles actos de dominio que pudiera realizar el prescribiente, presentan, por esta razón, *un carácter equívoco*. Y, desde luego, en ausencia de actos dominicales directamente perceptibles por el tercero, queda éste exonerado de toda actividad indagatoria acerca de la situación posesoria extratabular.

Desde esta perspectiva resultan, cuando menos desafortunadas, las palabras de PORCIOLES, al describir en forma gráfica al usucapiente como un rústico vestido «con su clásico atuendo de labrador... y sin más preocupaciones burocráticas que la de pagar *o quizá mejor, no pagar las cargas fiscales*» (189).

b) Para que el tercero se vea afectado por la usucapición debe tener un conocimiento real o potencial de la situación posesoria anómala *antes o al tiempo de perfeccionar su adquisición*. El punto de conexión temporal es, pues, el momento en que se efectúa extrarregistralmente el acto adquisitivo (190).

La tesis doctrinal que desplaza esa conexión temporal al momento de la presentación del título en el Registro, basándose en que el tercero, para serlo, debe tener su título registrado, choca frontalmente con los términos inequívocos del artículo 36 LH (191).

c) El conocimiento efectivo o posible por parte del tercer adquirente de una situación posesoria anómala debe *demostrarse* por el usucapiente. Al igual que en el caso del artículo 34 LH, el tercero tiene a su favor —dado los claros términos del precepto comentado— la presunción *iuris tantum* de que ha adquirido con la buena fe cualificada que reclama el precepto legal (192).

(189) *Op. y loc. cit.*, pág. 188.

(190) Así en la compraventa, al otorgamiento de la escritura pública. En este sentido, ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, págs. 669 y 670.

Ciertamente, en el caso de una usucapición consumada, el tercero trae causa *a non domino*, pero, a juicio de ROCA, «cuando se afirma que la buena fe tiene que tenerla el tercero en el momento de la *adquisición*, este concepto no hay que entenderlo literalmente en el sentido de una adquisición ya consumada, sino en el de otorgamiento de un *acto de adquisición* o, mejor dicho, de un *negocio jurídico de disposición*» («Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 545).

(191) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, págs. 669 y 670, y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, Tomo III, pág. 144. El propio SANZ FERNÁNDEZ, patrocinador de esta tesis, se ve obligado a reconocer que la postura que aquí se mantiene se ajusta «exactamente a las palabras de la Ley» (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 551).

(192) En contra, SANZ FERNÁNDEZ, desconociendo la redacción inequívoca del texto legal (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 553).

3. Oposición a la posesión contraria. Cómputo del plazo

El tercero, a pesar de gozar de la buena fe cualificada que reclama el artículo 36 LH, pierde también la protección del Registro si consiente la posesión de hecho del usucapiente *durante todo el año siguiente a la adquisición*.

El cálculo de este plazo ha dado lugar a diversas interpretaciones. SANZ (193), coherente con su teoría acerca del momento de la buena fe, lo entiende computable a partir de la inscripción en el Registro en favor del titular. GARCÍA GARCÍA mantiene este mismo criterio, si bien por motivos distintos: el apartado b) del artículo 36 LH se refiere al adquirente *inscrito*; y esto «significa que no basta el cómputo a partir de la escritura pública sino que ha de ser mientras que el tercero sea tal, es decir, "adquirente *inscrito*". Y como, mientras no inscriba no es "adquirente inscrito", es necesario que se cumplan dos requisitos: la adquisición en escritura pública y la adquisición *a non domino* a través de la inscripción» (194).

A su vez, ROCA SASTRE parece sostener: a) que el plazo de un año «se cuenta a partir del comienzo del día siguiente al de la adquisición», entendiéndose que ésta se produce, al igual que en el caso de la buena fe, al formalizarse la tradición instrumental (195). b) que «aunque el artículo 36 habla aquí de "adquirente inscrito" no hay que entenderlo en el sentido de que dicho adquirente ha de haber inscrito su adquisición dentro de aquel plazo de un año, sino que la ley emplea tal concepto como equivalente al de titular registral» (196). c) que el tercero, durante el año siguiente a su adquisición, puede no haberse enterado de la situación posesoria anómala y, como para consentir una cosa es preciso lógicamente conocerla —pues mal puede consentirse lo que se desconoce o ignora— no puede estimarse que el tercer adquirente haya podido consentir una posesión ignorada por él; en consecuencia, para cumplir el requisito del apartado b) del artículo 36 LH, no es necesario oponerse a una posesión de hecho que se desconoce, basta *manifestar de algún modo su voluntad de no tolerarla* (197).

Por mi parte, quisiera hacer las siguientes reflexiones:

- a) El artículo 36 LH es el resultado de una transacción entre civilistas e hipotecaristas, entre posesión y publicidad tabular (198), pero, como intuye ROCA, es una norma que considera «imperdonable que un

(193) Cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 554.

(194) *Op. cit.*, Tomo III, pág. 197.

(195) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 673 *in fine*.

(196) *Ibidem*, Tomo I, pág. 670, nota 2.

(197) Cfr. *Ibidem*, Tomo I, págs. 670-672.

(198) Cfr. PORCIOLES, *op. y loc. cit.*, pág. 188.

adquirente no se entere dentro del año siguiente de adquirido el inmueble que éste es objeto de una posesión contraria» (199).

- b) Cuando se interpreta un precepto, debe presumirse su coherencia. El artículo 36 habla de *adquisición* en su párrafo primero y en sus apartados a) y b). Si en los dos primeros casos se ha entendido por acto adquisitivo el otorgamiento de la escritura pública, lo mismo hemos de hacer para el tercer supuesto. Lo que no parece hermeneúticamente correcto, es referir la voz *adquisición*, bien a la formalización de la tradición instrumental, bien a la inscripción en el Registro, según convenga a los intereses del tercero. Y no se diga que en unos párrafos el artículo 36 habla de la buena fe cualificada y en otros de la oposición a la situación posesoria, porque *dentro del propio apartado b)* se utiliza la única y misma palabra *adquisición* referida a los dos supuestos.
- c) Respecto de la expresión *consentir*, tiene razón ROCA al decir que mal se puede aceptar o dar por buena una situación posesoria que se desconoce, pero su propuesta alternativa tropieza con el mismo escollo: nadie manifiesta la voluntad de no tolerar una cosa, si ignora la cuestión sobre la que debe mostrarse intolerante. Una vez perfeccionada la adquisición, el conocimiento o la ignorancia que el tercero pueda tener acerca de una posesión contradictoria, es irrelevante. La palabra *consentir* debe entenderse como *soportar* expresa o tácitamente, es decir, mediante aceptación o en silencio (200). Desde la perspectiva del espectador, en este caso la ley, se puede decir que una persona *soporta* una situación, *aunque la propia persona la ignore*, del mismo modo que el titular de un predio *soporta* una servidumbre aunque desconozca el gravamen. Se suele olvidar en esta materia, que el artículo 36, según el Preámbulo que acompaña al Proyecto de Ley de Reforma de 1944, estableció precisamente el plazo de un año porque es «el mismo que fija la legislación vigente para la adquisición o pérdida de la posesión», pérdida o adquisición que se produce fatalmente, con independencia del conocimiento o ignorancia del perjudicado (201).
- d) La interpretación literal del apartado b) del artículo 36, al referirse al adquirente *inscrito*, reclama que dicho adquirente, para gozar de la protección registral, ha de inscribir su título en el plazo de un año a contar desde el otorgamiento de la escritura pública y manifestar,

(199) «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 671.

(200) Voces *consentir*, *soportar*, *tácito*, *tácitamente* en Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

(201) Cfr. artículos 438 y 460.4 del Código Civil.

dentro del mismo plazo, su oposición a la posesión contradictoria. ROCA (202), por el contrario, entiende que la expresión *adquirente inscrito* equivale a *titular registral* y, por tanto, que el tercero también quedaría protegido en esta hipótesis o secuencia: acto adquisitivo —oposición a la situación posesoria dentro del año siguiente— inscripción del título de adquisición sin sujeción a plazo. Contra esta teoría, milita la interpretación fiel de la locución *adquirente inscrito*, el hecho de que el párrafo comentado utilice la expresión *consienta* y no la de *consienta o haya consentido* y el hecho de que esta hipótesis vulnera elementales exigencias de seguridad jurídica, al quedar la determinación de quien sea el verdadero titular dominical de la finca al libre arbitrio del adquirente, que puede decidir, a su voluntad, el sí y el cuándo de la registración (203).

D) VALORACIÓN CRÍTICA

1. La doctrina más autorizada considera que la usucapión descansa en una fundamentación objetiva: el aseguramiento de las situaciones jurídicas y la tutela de la detentación posesoria, que implica una investidura a favor del poseedor y la creación de una apariencia de titularidad (204). Ahora bien, la solidez de esta fundamentación —y con ella la posición y los intereses de los usucapientes— se debilita y resiente con el establecimiento de sistemas registrales inspirados en los principios de legalidad, fe pública y legitimación (205), porque su finalidad es precisamente la de garantizar la seguridad

(202) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 670, nota 2.

(203) Si el tercero, con buena fe cualificada, adquiere en 2000 una finca ya usucapida, se opone a la posesión del usucapiente —no necesariamente en forma judicial— durante el año siguiente a la adquisición, pero inscribe en el 2008, mucho me temo que su demanda, entablada en este último año, encuentre escaso eco ante los Tribunales. Además, en este caso, el adquirente quedaría sujeto al riesgo de que el usucapiente, *antes de la inscripción*, entablase la acción declarativa correspondiente.

(204) Cfr. Díez-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, págs. 588 y 589.

(205) Un destacado estudioso de la posesión —HERNÁNDEZ GIL— constató hace ya muchos años el cambio de signo de su función social: «Tampoco el cometido de exteriorización (presuponiendo el derecho del poseedor, facilitando la prueba o fundando una apariencia favorecedora de terceros) es suficientemente justificativo de la institución posesoria en el plano de las realidades sociológicas. En particular, la función de publicidad que le fue confiada antiguamente, hace mucho tiempo que tiende a ser reemplazada.

En relación con la identificabilidad y por razones de seguridad jurídica, surgió la publicidad inmobiliaria formal que desembocó en la creación del Registro de la Propiedad... La documentación de las adquisiciones facilita la prueba de la titularidad mejor que la posesión necesitada siempre del concurso de la prueba testifical. La minuciosa reglamentación de todas las relaciones reduce los márgenes de las estrictas situaciones de

del tráfico jurídico, publicar *erga omnes* el estado civil de la propiedad, delimitar la titularidad dominical de los predios y definir las cargas y gravámenes que les afectan.

2. Las soluciones adoptadas por el artículo 36 LH son el resultado de una componenda transaccional (206), cuyo fracaso se pone de manifiesto a la luz de los juicios enfrentados que han merecido. Unos las consideran ajustadas a los postulados de un buen régimen registral (207) y juzgan que la construcción del precepto, asentadas sobre la buena fe, es «una maravilla de ponderación y armonía» (208). Para otros, la norma representa un notable retroceso de nuestro sistema inmobiliario y altera gravemente el principio de buena fe haciéndolo pasar de la esfera de la experiencia a la conducta normativa (209) y dando por resultado la figura de un tercero, imposible por *pluscuamperfecto* (210).

3. El artículo 36 LH consagra la prevalencia de los intereses del usucapiente sobre los pronunciamientos del Registro, de un modo que resulta hoy

hecho atendidas tradicionalmente a la posesión» (*La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, págs. 207 y 208).

(206) PORCIOLES, Presidente de la Comisión para el estudio del Proyecto de reforma, describe así la situación creada: «Al fijar las limitaciones con que debía aceptarse la prescripción contra el Registro, se manifestaron dos criterios, que parecían irreconciliables. Sostenían unos, dados la situación especial de nuestro agro, el nivel cultural y hábitos jurídicos en grandes zonas del territorio nacional, que la prescripción *contra tabulas* debía ser reconocida en todo caso, salvo en los derechos espiritualizados, como la hipoteca, que no tiene contacto material con la cosa objeto de la prescripción. Otros aducían que la prescripción contra el Registro, no podía perjudicar a terceros. Lo contrario —se decía— era barrenar el Registro. La inevitable discusión, desarrollada con gran objetividad, altura de miras y con verdadero afecto personal, llegó a cobrar especial calor... Siguiendo una norma constante de la Comisión fueron recabados otros asesoramiento... Fruto de este cambio de impresiones son los actuales artículos 35 y 36 del Proyecto, consecuencia de una recíproca transacción aprobada por unanimidad» (*op. y loc. cit.*, págs. 188 y 189).

(207) Cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 251.

(208) Así lo expresa NÚÑEZ LAGOS: «El artículo 36 de la nueva ley trae una flexible fórmula armónica entre dos sistemas: el de la protección de la posesión continuada a título de dueño fuera del Registro (protección meramente de Derecho Civil, que se funda en la *publicidad* de la posesión) y la protección al tercer adquirente a título oneroso de buena fe (protección típicamente hipotecaria que se basa en la *publicidad* del Registro). No se trata de que ha cedido el genérico titular inscrito frente a la fuerza secular del Código Civil. La flexión la ha verificado el concreto tercero adquirente protegido por la *fides* pública. La construcción es una maravilla de ponderación y armonía, gracias al terreno en que se ha construido: la buena o mala fe, varita mágica que por arte de encantamiento puede convertir al tercero de emperador del sistema inmobiliario en pobre caballero andante apaleado por yaugüeses, o, lo que es peor, tundido por picapleitos» (*Realidad y Registro*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, págs. 17 y 18).

(209) Cfr. VILLARES PICO, *op. y loc. cit.*, págs. 412 y 414.

(210) Cfr. DE LA RICA, «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, págs. 544 y 545.

incompatible con la realidad económica del país: internacionalización de la economía, mercado desarrollado y dinámico, preeminencia de la propiedad urbana e industrial, ingreso de la actividad agrícola en los circuitos del capitalismo moderno, demanda de seguridad jurídica formal, penetración del sistema registral en la conciencia jurídica del país, disminución del peso del sector agrario, proceso irreversible de urbanización... Por el contrario, en materia de usucapión, la ley de reforma de 1944-46 asienta sus bases ideológicas en un ruralismo castizo (211) y en una visión estática y conservadora del acontecer económico (212).

(211) En la génesis de la Ley de reforma, y respecto de la prescripción contra Registro, las posiciones se hallaban radicalmente enfrentadas y los trabajos de la Comisión en un punto muerto. Fue entonces, según su Presidente PORCIOLES, «cuando el espíritu agudo de un ilustre Notario de este Colegio, siempre atento a las experiencias de la realidad, hizo surgir, con la colaboración de otro compañero del Colegio de Madrid, la figura del "Tío Celedonio", ese personaje que si algún día llega a publicarse una Ley Hipotecaria ilustrada, lo veremos representado con su clásico atuendo de labrador, atento a sus cosas, afanoso por sus tierras, pero completamente divorciado de Notarías y Registros y sin más preocupación burocrática que la de pagar o quizá mejor, no pagar, las cargas fiscales» (*op. y loc. cit.*, pág. 188).

(212) VALLET DE Goytisolo, en defensa de la seguridad estática, acumula los siguientes argumentos y citas:

«El régimen registralista puro olvida la importancia social de la seguridad estática. En la propiedad inmueble, ha dicho PELAYO HORE: «desde el punto de vista del titular inscrito de un derecho que no se mueve, que no contrata y que apaciblemente continúa poseyendo su derecho, el Registro de la Propiedad es un deplorable sistema de publicidad porque el Registro sólo lo examinan o deben examinarlo quienes van a contratar... la casa se construyó más para tenerla que para venderla, la finca rústica se respeta más para disfrutarla que para hipotecarla; por eso, en materia inmobiliaria, parece mejor proteger lo estático, aunque sea a riesgo de lo dinámico. El que se decide a comprar o a constituir un derecho real es un ser que rompe la inercia del orden establecido, es un hombre que se embarca en una aventura que, como todas, tiene sus riesgos, y es justo que si los riesgos se producen, sea quien los soporte el mismo aventurero que los buscó; en cambio, el propietario actual, que no piensa vender ni hipotecar, es un hombre que rehuye todo peligro, que aborrece la aventura, y parece natural que la ley proteja, hasta sus últimas consecuencias, esa situación estable y consolidada».

Y MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ anotó: «Hoy que la doctrina capitalista está en crisis, se empieza a pensar en los inconvenientes del sistema basado exclusivamente en la protección de la buena fe del adquirente».

Además, desde el punto de vista nacional o del social, no cabe duda que merece mil veces mayor protección el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que en contacto con la cosa realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque ha llenado a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir.

Como dijo MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ parangonando los sistemas de seguridad estática y del tráfico jurídico: «Con ésta se favorece un átomo disgregado de la propiedad; con la otra, a una vinculación familiar depositaria de las tradiciones de la raza y garantía de la continuidad de la sangre» («La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica

4. Tanto la génesis del precepto como sus diversas interpretaciones doctrinales, estuvieron y están fuertemente influidas por prejuicios corporativos —notariado y organización registral— que dificultan un tratamiento objetivo y estrictamente científico del tema (213).

de la fe pública», en *Estudios sobre Derechos de cosas y garantías reales*, Colección Nereo, Barcelona, 1962, págs. 195 y 196).

(213) Podemos citar algunas frases, por vía de ejemplo:

VILLARES PICO, refiriéndose a la instauración de los Registros: «Respecto a esta revolución, iniciado hace más de un siglo en nuestra patria, el Notario de Madrid, señor SANZ se siente reaccionario y se aferra al Derecho caduco» (*op. y loc. cit.*, pág. 422).

AZPIAZU habla de «lo apasionado de la campaña contra la Institución registral»; juzga la posición de SANZ FERNÁNDEZ «asaz apasionada»; se enfrenta al «*stradivarius* de los virtuosos» —ROCA, SANZ, SOLS— y empuña «el viejo violín del ciego de la esquina». «simplemente porque quede constancia de que hubo una vez un Registrador enamorado de su profesión que no admitió, sin discutirlo, todo lo que se dijo por los *consagrados* que en alguna manera fuese contra la tesis registral»; y, en fin, se duele de la Conferencia pronunciada por BERGAMO en el Colegio Notarial de Madrid:

«Nosotros pasamos muy mal rato. Nos dio pena ver a un confereciente extraordinario emplearse con delectación no disimulada en tundir contra una institución que tendrá sus defectos —no lo negamos— pero que también, es innegable, ha cumplido y cumple una misión irremplazable, y en mucho mejores condiciones que podrá cumplirla el instituto de la posesión extrarregistral con la que parece quiere sustituirse» («Más sobre el tema...», *op. y loc. cit.*, pág. 434). («Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 319). («¿Se da la prescripción ordinaria...?», *op. y loc. cit.*, págs. 730 y 731). («Más sobre el tema...», *op. y loc. cit.*, pág. 426).

Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, refiriéndose a la acusación de *reaccionario* dirigida a SANZ FERNÁNDEZ, nos dice que VILLARES «olvida que, como dijo con frase feliz ANTONIO POLO, *nada más fácil, al pretender ser demasiado modernos, que quedar súbitamente anticuados*. Algo de eso creemos que ha pasado en la doctrina hipotecarista de vanguardia».

NÚÑEZ LAGOS señala, en referencia a la Ley Hipotecaria anterior:

«Los hipotecaristas, encasillados en su ley como hecho diferencial y privilegiado, con un espíritu de discriminación racial y ley de castas, esperaron hasta que la circunstancia política les fue propicia... y entonces, y sólo entonces, en vez de llevar a cabo, con grandeza y generosidad, la acomodación exigida, promovieron una reforma, discutible, pero muy ambiciosa, que encarnó en la ley de 21 de abril de 1909».

Y ya remitiéndose a la usucapción, señala:

«La posesión es el *daemonium* para el Registro de la Propiedad. Además, femenino. Archidiabla, soberana princesa del imperio de la duda, del error y la confusión, en maridaje con el tiempo, engendraba un trasgo espantable llamado usucapción que haría totalmente estériles los asientos del Registro y los dogmas de sus pontífices...

Después de hacer la historia de la entrada de la posesión en el Registro, GENOVÉS llega a tomar partido en contra de la posesión. La solución es la de renunciar al demonio. Decano de los Registradores de la Propiedad expulsa al demonio, pero sin santa cólera de iluminado, con noble ademán bondadoso y parroquial; con suaves maneras de un tibio ambiente de atrio gótico. La posesión de hecho, en los libros del Registro, era una errata. GENOVÉS la corrige. Su corrección queda en la nueva ley de 1944: el mero hecho de poseer no tiene acceso al Registro».

5. La redacción del artículo 36 LH adolece de una técnica imprecisa y complicada (214); es un precepto confuso (215), oscuro (216), farragoso (217), de difícil comprensión (218) y propicio para inagotables discusiones doctrinales (219). Con ello se favorece la conflictividad procesal y se dificulta, en gran medida, una interpretación jurisprudencial uniforme.

6. En suma, la reglamentación establecida por el artículo 36 LH, agrava la posición del tercer adquirente, con mengua de la seguridad del tráfico jurídico y la eficacia del Registro, fomentando situaciones litigiosas, entregadas a la libre apreciación de la prueba y a la imprevisibilidad de las decisiones judiciales.

GERMÁN GALLEGU DEL CAMPO
Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

(214) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 678.

(215) Cfr. DE LA RICA, «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, pág. 545.

(216) Cfr. AZPIAZU, «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 332.

(217) Cfr. DE LA RICA, «La reforma hipotecaria...», *op. y loc. cit.*, pág. LXI.

(218) Cfr. *Ibidem*, pág. LIX.

(219) Cfr. *Ibidem*, pág. LXI.