

Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: *Introducción.* I. *La presunción posesoria del artículo 38 LH:* A) Concepto. B) Impugnación de la presunción posesoria. C) Efectos de la presunción posesoria: 1.º Aplicación de la presunción de buena fe del artículo 434 del Código Civil. 2.º Aplicación de la presunción de justo título. 3.º Efectos procesales: a) acción reivindicatoria; b) interdictos posesorios; c) acción de desahucio por precario; d) acción del artículo 41 LH. 4.º Consecuencias de la presunción posesoria con relación a la tradición.—II. *La usucapión y el Registro de la Propiedad:* A) La usucapión *secundum tabulas*: 1.º El justo título. 2.º Presunción de ciertos caracteres de la posesión necesarios para usucapir: a) carácter público de la posesión; b) carácter pacífico; c) carácter ininterrumpido; d) posesión de buena fe; e) el concepto de dueño. 3.º Requisitos. 4.º Efectos: a) facilitación de la usucapión ordinaria; b) cómputo del tiempo.—B) La usucapión *contra tabulas*: 1.º Usucapión que se produce frente al titular inscrito: a) posibilidad de usucapión ordinaria *contra tabulas*; b) medios de interrupción de que goza el titular registral; c) medios del usucapiente para hacer constar su derecho en el Registro. 2.º Usucapión que se produce frente al tercer adquirente del titular inscrito que reúna las condiciones del artículo 34 LH: a) usucapión consumada; b) usucapión a la que falta un año para consumarse; c) usucapión en curso.—C) La *usucapio libertatis*: a) derechos que no llevan aneja la facultad de disfrute; b) derechos que impliquen facultad de disfrute cuando ésta no fuese incompatible con la causa de la prescripción; c) derechos que impliquen facultad de disfrute y son incompatibles las posesiones cuando sus titulares reúnan las circunstancias de no conocer o no haber tenido motivos racionales para hacerlo la posesión del usucapiente o que se consiente dicha usucapión dentro del año siguiente a la adquisición.—*Bibliografía.*

INTRODUCCION

El primer problema que plantea el estudio del tema de la posesión en sus relaciones con el Registro de la Propiedad estriba en que siendo el Registro un instrumento jurídico destinado a publicar «los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales», es difícil que refleje en sus asientos los hechos jurídicos que recaen sobre las fincas. Y si el Registro de la Propiedad no publica derechos de crédito (salvo el caso

del núm. 5 del art. 2 LH y 14 del Reglamento, en cuanto a este último se le considere verdadero derecho de crédito y no derecho real), mucho menos puede publicar, con todas las consecuencias derivadas de la fe pública registral, un hecho jurídico, como tal, cambiante y sujeto a las circunstancias fácticas de cada momento.

Esta introducción aparece ya como una premisa que va a constituir el punto de partida de este estudio, el que considero la posesión como un hecho que produce efectos jurídicos. Es lo que la doctrina ha denominado *hechos jurídicos*, que en definición de ALBALADEJO son aquellos a los que el derecho positivo liga unas determinadas consecuencias (1). En realidad, la posesión, la relación fáctica del hombre con la cosa, abstracción hecha del título por el que se posee, es algo que queda completamente al margen de la protección registral y ello por varias razones:

1.^a Porque según dice la propia Ley Hipotecaria en su artículo 1, el Registro publica titularidades jurídicas, lo que viene reflejado asimismo en el artículo 2 LH y en sus concordantes del Reglamento.

2.^a Porque el Derecho protege, en principio, cuando se trata de la posesión, la relación fáctica del poseedor con la cosa poseída. Esta situación de hecho que pertenece a la vida real no puede nunca encontrar un reflejo en el Registro.

3.^a Que el concepto posesorio del artículo 432 del Código Civil no puede nunca tampoco reflejarse en el Registro, en cuanto que significa la posición jurídica típica que el poseedor ejercita sobre el objeto, con independencia del título. Se trata, como más adelante aclararé, de la visibilidad posesoria, es decir, que a la vista de los actos del poseedor los demás nos damos cuenta del derecho que está ejerciendo sobre el objeto. Otra cosa distinta será que el artículo 38 LH sustituya el concepto posesorio del Código Civil por la presunción de posesión establecida en dicho artículo de la Ley Hipotecaria, pero esto tendré ocasión de estudiarlo.

4.^a Además, el artículo 430 del Código Civil cuando, al distinguir entre posesión civil y natural, lo hace en base a la intención del que posee, está cualificando la materia posesoria en base a un elemento psicológico, el *animus* que, como tal, no puede tener nunca acceso a un Registro. Lo más que cabría hacer es presumir que este *animus* existe, pero ello no queda establecido en ningún precepto concreto.

El que la materia posesoria como tal no tiene entrada en el Registro de la Propiedad lo demuestra claramente el artículo 5 LH. Este artículo viene a resolver una larga pugna y una situación que se había calificado

(1) No podemos decir que sea un acto jurídico, puesto que éste implica voluntariedad. Ver ALBALADEJO, Manuel: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, págs. 5 y 18.

de puramente original del sistema hipotecario español cuando admitía las inscripciones de posesión. Lo que está diciendo el artículo 5 de la vigente Ley Hipotecaria es que, a partir de la publicación de esta Ley, no se admiten en el Derecho español las inscripciones posesorias.

La inscripción posesoria fue una invención de los hipotecaristas españoles, destinada a salvar la falta de titularidad apta para inscribir la propiedad o los derechos reales. Ello quedaba plenamente justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, donde se decía que «la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les corresponden» era lo que hacía necesario «procurar que a la titulación perdida o nunca formada reemplaze una titularidad nueva, lo cual si bien no podía inspirar desde luego tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesión, y con el transcurso del tiempo y con llegar a ser más antigua que la prescripción más larga, será tan buena y tan segura como la titulación más completa». Los hipotecaristas que comentaron las inscripciones de posesión se las explicaban en base a que la posesión es un hecho que produce una serie de efectos jurídicos, uno de los cuales era la usucapión (2); otros autores entendían que cuando había inscripción de posesión existía en realidad la inscripción de un derecho (3). En el fondo se trataba, como decía la propia Exposición de Motivos, de introducir derechos reales en el Registro cuando faltaba la titularidad, como opinaba GAYOSO ARIAS, para quien la inscripción de posesión era un medio supletorio de llevar al Registro los derechos reales.

Ahora bien, cuando la vigente Ley Hipotecaria sienta la tajante afirmación del artículo 5, ¿se está contradiciendo con lo que explica su propia Exposición de Motivos? En efecto, dice la Exposición de la Ley vigente que «el derecho a poseer (es decir, el *ius possidendi*) es un verdadero derecho real que el Registro debe reflejar y proteger», sin que ello obste a que las situaciones de mero hecho deban permanecer completamente desconectadas del Registro, puesto que llevarlas aquí «equivaldría a introducir confusión en el sistema e intentar una protección jurídica completamente extraña a su naturaleza y fines»: subsisten así la *possessio ad interdicta* y la *possessio ad usucapionem* en contra del Registro, con completa independencia de la institución registral. He dicho que las

(2) CALDERÓN NEIRA: *Estudios hipotecarios*, Madrid, 1885, pág. 73.

(3) GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid, 1890, tomo IV, pág. 745. Véase asimismo la obra de GAYOSO ARIAS: *Nociones de legislación hipotecaria*, Madrid, 1918, tomo I, pág. 461, quien, comentando ya la Ley de 1909, justifica la posibilidad de inscribir la posesión, dado que el poseedor puede transmitir a otro su derecho por cesión gratuita y onerosa, lo que es absolutamente cierto en virtud de lo dispuesto en el artículo 439 del Código Civil.

palabras transcritas de la Exposición de Motivos se contradicen con lo que se establece en el artículo 5 y en el propio artículo 2 de la Ley, más sus concordantes del Reglamento, por cuanto si el legislador hipotecario considera que el *ius possidendi* es un verdadero derecho real, ¿por qué no se le ofrece la posibilidad de ingresar en el Registro por su propia virtualidad? Porque lo cierto es que en virtud del citado artículo 5 LH, que prohíbe la inscripción de títulos referentes al mero o simple hecho de poseer, ningún Registrador inscribiría un título relativo al *ius possidendi* abstractamente considerado. Lo que ocurre es que el *ius possidendi* como tal no tiene autonomía propia, lo que quiere decir que aparecerá en el Registro como una consecuencia del título de dominio o derecho real que se inscriba. En esto está en lo cierto el artículo 5 LH, puesto que en realidad el *ius possidendi* es una de las facultades derivadas del dominio o derecho real (4) y, por tanto, no puede darse nunca autónomamente considerado, sino que es una de las normales consecuencias de la titularidad inscrita. Al publicar el Registro el título, como una consecuencia del mismo, presumirá el contenido normal de dicho título.

Antes de entrar en la materia objeto del presente estudio quiero hacer una advertencia: se trata de que la posesión es una institución a la que el Registro debe forzosamente aludir, pero que no tiene por qué regular por las razones que he dado hasta aquí. Ello no quiere decir que no existan relaciones de hecho sobre las fincas que, como dice la Exposición de Motivos de la vigente Ley Hipotecaria, quedan al margen por completo de las declaraciones del propio Registro; por tanto, al ser la posesión una materia absolutamente extrarregistral debe regularse por el Código Civil. Es, por tanto, a la dependencia o independencia entre los preceptos del Código y de la Ley Hipotecaria a lo que me referiré a lo largo del presente trabajo. Si bien esto no ofrece demasiada dificultad cuando se trata del estudio de la presunción posesoria del artículo 38 LH,

(4) Hago esta salvedad porque al existir los derechos reales sin posesión de la cosa (hipoteca, ciertos tipos de servidumbres), se me podría acusar de imprecisión.

Sin embargo, últimamente se ha llegado a decir que la posesión «es también un derecho, y como tal derecho puede acceder al Registro con independencia de la titularidad con que se presenta», y se explica su exclusión en la actualidad diciendo que «incorporar la posesión como derecho en el Registro presenta la inconsecuencia de que siendo el título de la posesión la tenencia de la cosa, se organiza una titulación formal de un derecho fundado en una realidad material y que además, y por tanto, la publicidad de su propia tenencia debe ser superior a la inscripción». Véase ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «La posesión y el Registro de la Propiedad», *R. D. P.*, 1978, número de junio, pág. 479. Estas afirmaciones parten de una base absolutamente falsa al confundir la tenencia de la cosa (objeto de la posesión) con el título de la misma, en cuyo caso se hace referencia al título del derecho en cuyo concepto se ha adquirido la posesión. Aparte de que olvida el clarísimo artículo 5 LH.

sí lo va a tener en el de la usucapión, que la Ley Hipotecaria facilita en el caso de la denominada *secundum tabulas*, a través de las presunciones establecidas en el artículo 35 LH y puede decirse que tolera en el supuesto del artículo 36.

I. LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 LH

A) *Concepto*.—La presunción posesoria del artículo 38 LH es el último paso en todo un proceso que empieza en los proyectos de Leyes hipotecarias anteriores a la definitiva de 1861, continúa con la posibilidad de inscribir la posesión y culmina en la actual redacción del artículo 38, que procede directamente del artículo 41 de la Ley de 1909, con la sustancial reforma que sufrió en 1927.

Si nos fijamos en los precedentes legislativos de la actual regulación podremos observar lo siguiente (5): el Proyecto de Código Civil de 1836, dentro del título relativo a los modos de acreditar en juicio los derechos y obligaciones, contenía el artículo 2.112, en el que se establecía la necesidad de «un registro público donde se anote cada acto de traslación de propiedad de bienes raíces»; el Anteproyecto redactado en 1848 por ANTÓN DE LUZURIAGA coincidía en este tema con las normas que el propio jurista incluyó en el Proyecto de Código Civil de 1851, cuyo artículo 1826 decía que «todo acto entre vivos de mutación o traslación de propiedad de bienes inmuebles como donación, venta, permuta, partición, transacción o cualquier otro se inscribirá en el Registro público», y el artículo 1.831 establecía a su vez la inscripción de los demás derechos reales, añadiendo un párrafo, el octavo, en el que se hablaba de inscribir «cualquier otro gravamen u obligación real» (6). Cuando posterior-

(5) Los textos que aparecen aquí citados están tomados de la obra *Leyes hipotecarias y registrales de España*, publicada por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para el II Congreso Internacional de Derecho Registral, tomo I, Madrid, 1974, y tomo II, Madrid, 1974.

(6) GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852. Edición anastática, Barcelona, 1973. El Proyecto de 1851 contenía varios artículos en los que se hablaba de «obligaciones reales»: el artículo 1.025, al hablar de la clasificación de las obligaciones, contenía la de «obligaciones personales o reales»; el 1.027 decía que «es real la obligación que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ella». GARCÍA GOYENA dice que esta división no se encuentra en el Código Civil francés, pero que convenía recogerla, porque se alude a este tipo de obligaciones en otras disposiciones del Proyecto, como eran los artículos 1.966 y 1.967; en el comentario al artículo 1.027 definía la obligación real diciendo que es aquella que se «da contra el poseedor no por sí mismo, puesto que no contrajo ni se obligó, sino por la cosa que posee y es la obligada. Esto es lo que se verifica en toda acción *real*, cualquiera que sea su origen, y siempre versará sobre la propiedad o dominio, y sus diferentes especies o modificaciones, como las servidumbres, prenda, hipoteca y enfiteusis». De estas dos concordancias puede deducirse que en el comentario al artículo 1.023,

mente, el 1 de marzo de 1858, se aprobó en el Congreso de los Diputados un Proyecto de ley por el que se autorizaba al Gobierno para llevar a cabo la reforma legislativa hipotecaria, este proyecto contenía el artículo 7, en el que se decía: «El Gobierno facultará a los poseedores de derechos no registrados hasta el 23 de mayo de 1845 la inscripción de los mismos en el estado de posesión en que se hallen, con exención de todo impuesto y multa, teniendo en cuenta para ello las circunstancias especiales de la propiedad en algunas provincias de la Monarquía.» Esta disposición fue el precedente directo de las futuras inscripciones de posesión; cuando se discutió en el Congreso la Ley Hipotecaria de 1861 no se planteó ninguna discusión en torno al mantenimiento de las inscripciones de posesión, que se consideraban necesarias, sino que lo único que se discutió fueron los aspectos formales de la misma; en consecuencia, la Exposición de Motivos de esta Ley Hipotecaria la explicaba por la falta de titulación de la mayoría de españoles (7), lo que explicaba el texto del artículo 397 de esta Ley, que decía que «el propietario que careciere de título de dominio inscrito deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión ante el Juez de 1.ª Instancia del lugar en que estén situados los bienes».

Las sucesivas reformas a los artículos 397 y siguientes de la Ley Hipotecaria se referirían al procedimiento por el que debía inscribirse la posesión, pero no atacaron nunca su existencia.

GARCÍA GOYENA parece que confundía acción real con obligación real, por la referencia que hace a los artículos 1.966 y 1.967, que regulaban la prescripción de las acciones reales; pero en el comentario al artículo 1.027 queda clara la doctrina de dicho autor, aparte de que un estudio profundo sobre el tema es imposible en este momento. Hay que añadir, además, que los artículos 1.546, que define el comentario diciendo que «se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual, en retribución de un capital que se recibe en dinero» y la distinción que se da entre acciones reales y personales dentro del mecanismo de los censos, que se establece en el artículo 1.559 del propio Proyecto, cuando se dice que «el censo reservativo sólo produce acción real y únicamente sobre la finca gravada. Sin embargo, es admisible la acción personal para el pago de las pensiones atrasadas...», se puede ver claramente un caso de obligación real de las que trataba el Proyecto en el artículo 1.027. Si a ello unimos la comparación de estos dos artículos con el 1.709, que al hablar de la renta vitalicia dice que «en el caso de que el deudor de la renta deje de pagarla, no tendrá el acreedor otro derecho, aunque se haya pactado lo contrario, que el de ejecutar judicialmente al deudor para el pago de las rentas atrasadas y para asegurar la prestación de las futuras», puede deducirse de aquí la diferencia que en el Proyecto de 1851 se establecía entre obligaciones personales y reales, categoría que no pasó a la redacción del actual Código Civil.

(7) *Ley Hipotecaria. Reglamento general para su ejecución e instrucción sobre la manera de redactar los documentos públicos sujetos a Registro*. Madrid, 1861, páginas 127-128.

Sin embargo, la reforma hipotecaria que se planteó a principios de este siglo intentó dar un nuevo enfoque a la cuestión de la posesión en sus relaciones con el Registro, manteniendo, eso sí, las inscripciones de posesión, pero introduciendo un nuevo elemento que más tarde habría de dar lugar a la presunción actualmente vigente en el artículo 38 LH; ello sucede en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909. El precedente del artículo 41 LH se encuentra en el artículo 15 del Proyecto de ley presentado por la Comisión encargada de dictaminar acerca de la reforma de la legislación hipotecaria el 16 de febrero de 1909 al Congreso de los Diputados. Este artículo, que no aparecía en el proyecto que se había discutido en la legislatura anterior ante el Senado, decía lo siguiente: «La posesión de inmuebles o derechos reales se presume a los efectos de Código civil en quien los tenga inscritos a su nombre. En consecuencia, el que por cualquier título tenga inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles o derechos reales gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en el título XIV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La posesión inscrita producirá mientras subsista iguales efectos que el dominio en favor del poseedor y conforme al artículo 446 del Código Civil.» Este artículo se aprobó sin debate en la sesión correspondiente del Congreso de Diputados, aprobándose definitivamente la Ley en 8 de marzo de 1909. Esta Ley pasó entonces al Senado, donde también se vio refrendada sin discusiones en este punto concreto, siendo sancionada definitivamente el 21 de abril de 1909. La nueva Ley Hipotecaria se publicó el 16 de diciembre del propio año, aunque en el artículo 41 (que reproduce el texto del art. 15 del Proyecto) se omitió la referencia al título y libro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aclarándose dicho punto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que completaba la Ley, en el que se decía que el procedimiento a que se refería el artículo 41 LH era el regulado en el título XIV, libro III, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 fue modificado por el Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927, dejando la redacción del artículo en la siguiente forma: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro 2.º del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 445 del mismo

Cuerpo legal. La posesión inscrita producirá iguales efectos que el dominio en favor del poseedor.»

El vigente artículo 38 LH (8) modificó, simplificándolo, el anterior artículo 41, y las diferencias esenciales existentes entre ambas disposiciones podemos sintetizarlas de la siguiente forma: la primera redacción del artículo 41 LH ligaba la posesión de un modo absoluto a la inscripción correspondiente, de tal manera que el único legitimado para interponer interdictos posesorios era el titular inscrito. Si bien dicho artículo estaba redactado de manera que establecía una presunción, la protección registral que derivaba de esta presunción era imposible de destruir y, en consecuencia, el titular inscrito tenía a su favor todos los derechos derivados de la posesión, incluida la protección interdictal. Si a ello se une la redacción del segundo párrafo del artículo 41 citado, que concedía los mismos derechos al poseedor inscrito, éste se convertía prácticamente en propietario desde el momento de la inscripción de la posesión, aunque no lo fuera jurídicamente. Todos estos problemas se subsanaron en parte con la nueva redacción dada al artículo 41 LH (9), ya que la presunción, que práctica-

(8) El artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 tiene un claro precedente en el artículo 937 del Código Civil suizo, que dice: «S'il s'agit d'immeubles immatriculés au registre foncier, la présomption du droit et des actions possessoires n'appartiennent qu'à la personne inscrite.» Esta influencia la reconocía asimismo la Exposición de Motivos del Decreto de 1927.

(9) La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927 decía concretamente: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, correspondiente al artículo 15 del proyecto presentado al Congreso de los Diputados por la Comisión respectiva en 16 de febrero de 1909, fue incluido en la reforma inmobiliaria aprobada por el Senado, sin ninguna justificación explícita, y esta circunstancia unida a la falta de precedentes doctrinales sobre la materia y a la redacción general y equívoca del texto en la Ley de 21 de abril del mismo año, ha provocado un verdadero trastorno en el régimen de la propiedad territorial.

Atribuyen al legislador los especialistas que han estudiado esta innovación, el deseo de unir estrechamente la propiedad registrada con la posesión efectiva, de tal suerte que la inscripción del dominio y el señorío de hecho marchasen paralelos y que el titular encontrara, por virtud del asiento practicado en el Registro, no sólo expedito el ejercicio de las acciones reales propiamente dichas (reivindicatoria, negatoria, confesoria, etc.), sino extraordinariamente facilitado el juego de los procedimientos interdictales o posesorios.

Tan aventurada orientación, que de un solo golpe destruía las irreductibles diferencias entre posesión y propiedad, llevaba consigo, según las más radicales opiniones, la protección en todo caso del titular registrado como poseedor incontrovertible y confería el certificado que acreditase la inscripción el valor de prueba posesoria irrefutable y los efectos de una sentencia interdictal.

Frente al propietario, según el Registro, no podía existir poseedor legítimo, y los llevadores de tierras durante siglos, en virtud de títulos más o menos defectuosos, se veían violentamente lanzados en procedimientos sumarios, sin poder alegar su posesión inmemorial. Justo es decir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo intentó en varias ocasiones oponerse a esta arrolladora corriente; pero la letra de la ley prestaba tan poca base a las normas tradicionales, que en las últimas sentencias se reconoce plenamente la prelación y ventajas de la posesión tabular frente al cultivo real del que se creía poseedor legítimo...

mente era *iuris et de iure* en la primera redacción, admitió a partir de la redacción de 1927 prueba en contrario, y si a ello se unía el procedimiento establecido en el artículo 100 RH (10), que constituye el precedente del actual artículo 41 LH, hay que deducir que a partir de 1927 el titular registral era sólo un poseedor con mejor derecho a poseer (11); ello quedaba claramente reflejado en la remisión que el artículo 41 LH hacía al artículo 445 del Código Civil, con lo que el artículo 41 LH estaba presuponiendo un conflicto entre la posesión efectiva del titular registral y la del

Tampoco se presta el moderno matizado del concepto de propiedad a las aventuradas deducciones que se combaten. Los deberes del propietario, aunque no se acepte la teoría que ve en el dominio una función social y pública, adquieren cada vez mayor relieve en la legislación y resulta anticuada toda norma jurídica que permita romper la relación entre el dueño y la tierra, resucitar pretensiones arcaicas o derivadas de organizaciones territoriales extinguidas y amparar, frente al cultivador del suelo, los derechos secularmente dormidos, sobre la almohada de la inscripción en las Contadurías y Registros.

En fin, la acción social agraria, de innegable intensidad en estos últimos tiempos, sin desconocer el derecho del propietario, vuelve su vista a las familias que han laborado la tierra y procura armonizar las contradictorias pretensiones apoyadas en el título desvirtuado y en la posesión viva y fecundante.

Por estas razones, el texto del repetido artículo 41 debe volver a sus cauces técnicos: si está inscrito en el Registro un derecho a favor de cualquier persona, se presume que le pertenece y que ha engendrado, en lo procedente, la situación posesoria respectiva.»

(10) El artículo 100 del Reglamento Hipotecario se redactó de nuevo por el Real Decreto-ley de 19 de julio de 1927. La redacción del artículo 100 en el Reglamento Hipotecario de 1915 decía lo siguiente: «El procedimiento a que se refiere el artículo 41 de la ley es el regulado en el título XIV del libro III de la de Enjuiciamiento Civil», y el artículo 100 en la redacción de 1927 estableció lo siguiente: «Quien tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real susceptible de posesión podrá solicitar, con arreglo a los artículos 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posesión judicial aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir.

Si a la solicitud presentada se hiciere oposición por algún interesado, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concederá al opositor un plazo de quince días para que formule por escrito su reclamación.

Las reclamaciones se unirán a los autos y se entregarán, sin demora ni publicación de edictos, al que hubiese obtenido la posesión para que las conteste o exponga lo que tenga por conveniente dentro de seis días. El procedimiento se tramitará como contencioso, con arreglo a los artículos 1.642 al 1.650, ambos inclusive, de la referida ley, siendo potestativo valerse o no de Letrado y Procurador.»

Sobre los problemas que el transcrito artículo del Reglamento presentaba y los que, a su vez, suscitaba el artículo 41 de la Ley de 1909, reformado en 1927, me remito a la obra de ROCA SASTRE, Ramón M.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1942, págs. 267 y sigs.

(11) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de abril de 1929 decía que «las personas a cuyo favor aparezcan extendidos los asientos del Registro tienen derecho, según los artículos 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, a que se les respete su situación jurídica, con arreglo a los términos de la inscripción, mientras los Tribunales no declaren lo contrario», lo que claramente muestra el establecimiento de la posibilidad de impugnar la presunción registral. Así, el titular registral sólo tenía un mejor derecho a poseer, como se dice en el texto.

poseedor extrarregistral (12). Por otra parte, era lógico que la consideración del titular registral como un poseedor de mejor derecho, siempre que no se demostrara que los términos de la inscripción eran inexactos o que existía un poseedor con mejor derecho (13), comportaba a renglón seguido la presunción de que el titular registral poseía efectivamente la finca, y por esta razón ROCA SASTRE entendía que al titular inscrito le correspondía el ejercicio de los remedios o procedimientos de efectuar posesoria, concluyendo de forma parecida a lo que establece el artículo 937 del Código Civil suizo.

La diferencia entre este artículo de la Ley de 1909 y el artículo 38 de la vigente estriba precisamente en las distintas consecuencias que la presunción posesoria comporta. Sin dejar de ser un efecto del principio de legitimación registral, las consecuencias son bastante distintas, como puede comprobarse en el estudio que efectúo de dicha presunción; pero antes de entrar en el estudio de los efectos hay que determinar la naturaleza de la presunción posesoria del artículo 38 LH.

Frente a la presunción del artículo 38 LH la doctrina ha formulado diversas teorías, que voy a exponer a continuación:

1.ª ANGEL SANZ entiende que la Ley Hipotecaria *presume la posesión de hecho del inmueble*, basándose en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1946 que, referida a una inscripción posesoria efectuada al amparo de la anterior Ley Hipotecaria, decía que se presumía que tiene la posesión real el que la tiene registrada a su favor. SANZ añade que el titular tiene derecho a poseer y puede reclamar si alguien le perturba su derecho, la entrega de la cosa, pero entre tanto se presume que tiene efectivamente la posesión de hecho. Esta presunción, por tanto, según SANZ, es *iuris tantum* y de hecho, aunque añade que el titular registral no puede, en base al artículo 38, utilizar los interdictos si efectivamente no posee (14).

Esta tesis es la mantenida asimismo por COSSÍO, quien entiende que el artículo 24 LH reformada (art. 38 del texto refundido hoy vigente) no sólo contiene una presunción legal de derecho, sino una presunción

(12) No como decía ROCA SASTRE, entre la posesión civilísima del titular inscrito y la material del poseedor contendiente. Ver *ob. cit.*, pág. 289.

(13) La referencia al artículo 445 del Código Civil creemos que era errónea y se prestaba a muchas confusiones, porque podría ocurrir que ambos contendientes tuvieran título.

(14) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I, págs. 500 y 497. Véase asimismo NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Fe pública registral», *RDN*, núm. 20, pág. 55, donde dice que «el artículo 38 establece que 'de igual modo se presumirá' que el titular registral del dominio tiene también la posesión. O lo que es lo mismo, el dominio inscrito equivale *iuris tantum* a la posesión actual, coetánea y paralela del dominio».

legal de hecho, y de aquí deduce que el Registro no crea una posesión privilegiada, sino que se limita a conceder al titular una ventaja procesal en cuanto le releva de la carga de la prueba; queda en pie, por otra parte, la cuestión de cuál sea el procedimiento a utilizar por el titular que no posee para convertirse en poseedor real y efectivo, cuando la aludida presunción no se ajuste a la realidad, aunque en este caso Cossío entiende que no cabe hablar de inexactitud registral, dado que la posesión es un hecho que el Registro puede presumir, pero no reflejar (15).

2.º MARTÍNEZ CORBALÁN entiende que el contenido de la presunción posesoria del artículo 38 LH es el *ius possiaendi*, basándose, por una parte, en las palabras de la Exposición de Motivos, ya que «la Ley quiere destacar frente a la presunción jurídica de la existencia del derecho la presunción de su ejercicio que se concentra fundamentalmente en el derecho a poseer» y, por otra parte, en la naturaleza de tal facultad dominical. MARTÍNEZ CORBALÁN critica la tesis anteriormente expuesta porque considera que el Registro sólo protege situaciones jurídicas, y cuando éstas confieren a su titular el derecho a poseer presupone, con presunción *iuris tantum*, que el derecho existe y, además, que su titular inscrito lo ejerce poseyendo físicamente la cosa como base económica del derecho, lo que se concreta en el artículo 38 LH, que establece la presunción cuando el derecho inscrito sea perfecto: *ius possidendi*, y en el artículo 35 LH cuando el Registro sea inexacto, en cuyo caso concede al titular registral la posibilidad de usucapir *contra tabulas*.

Este autor concibe, además, la presunción del artículo 38 LH como complemento del derecho inscrito, refiriéndose al ejercicio del mismo, y concluye que «la presunción posesoria del artículo 38 o se refiere al *ius possidendi* o (caso de estimarse que esto implica una redundancia superflua porque presumiendo el derecho en sí se entienden presumidas todas y cada una de las facultades que lo integran) representa una supervivencia absurda y perturbadora».

En un escrito anterior el propio autor había sostenido que la presunción del artículo 38 LH se refería «al derecho a poseer, al *ius possidendi*, como básica para el aprovechamiento económico de la cosa» (16).

Otro autor que está de acuerdo con la opinión de MARTÍNEZ CORBALÁN es AZPIAZU, quien opina que esta presunción debe referirse al *ius possidendi*, emanación y facultad del dominio», añadiendo que «si se

(15) Cossío y CORRAL, Alfonso de: *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona 1945, págs. 99 y 107.

(16) MARTÍNEZ CORBALÁN: «Más sobre los artículos 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1946, pág. 521. Ver también, del propio autor: «La reforma de la Ley Hipotecaria. Examen del artículo 41 en relación con sus predecesores», *RCDI*, tomo XIX, 1946, pág. 108.

refiriese al hecho de la posesión sería facilísimo destruirla por la prueba en contrario, ya que casi siempre que se acude al procedimiento del artículo 41 LH es que el actor no tiene la posesión de hecho a los solos efectos de recabarla» (17).

También VILLARES PICÓ considera que el titular del dominio inscrito tiene a su favor la presunción de que está en poder de la facultad de goce o *ius possidendi* (18).

3.^a Otra opinión acerca de la naturaleza de la presunción del artículo 38 LH es la manifestada por LACRUZ, para quien lo que presume la Ley Hipotecaria no es el hecho de la detentación en un instante determinado, sino simplemente *la posesión civil en el sentido de los artículos 430 y siguientes del Código Civil* (19).

4.^a Una última opinión es la manifestada por ROCA SASTRE, para quien el artículo 38 LH presume el ejercicio efectivo del derecho, puesto que no cabe desligar la presunción de posesión de la de existencia del derecho del propio artículo 38; sigue diciendo ROCA que la esencia de la presunción del artículo 38 LH no se reduce «en la manifestación del *ius disponendi* ni tampoco en una simple situación posesoria, sino que está ligada al derecho inscrito y su presunción perece con este derecho» (20). Añade que más que una presunción el artículo 38 contiene una norma de carácter material, consistente en reputar al titular registral de un derecho como poseedor del mismo (21), para concluir que ello constituye un supuesto de *posesión civilísima*, concepto que ya había utilizado este autor en una obra anterior y con referencia a la presunción del antiguo artículo 41 LH (22).

Después del resumen de las doctrinas expuestas por los hipotecaristas y los civilistas, debe decirse que, excepto la opinión manifestada por LACRUZ, las demás coinciden, aunque difieran en la formulación.

(17) AZPIAZU: «A manera de réplica», *RCDI*, 1947, pág. 18.

(18) VILLARES PICO: «La posesión y el Registro», *RCDI*, 1947, pág. 442.

(19) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, pág. 228. Ver también la obra *Derecho inmobiliario registral*, escrita en colaboración con Francisco de A. SANCHO REBULLIDA, Barcelona, 1968, página 184 y nota 3 de la misma página, donde refutan las tesis de ROCA y de SANZ.

(20) ROCA SASTRE, Ramón M.: *Derecho hipotecario*, 6.^a ed., Barcelona, 1968, tomo I, págs. 403 y sigs.

(21) Esta afirmación no es cierta, por cuanto el artículo 38 LH se refiere a la posesión de la finca sobre la que recae el derecho real y no a la posesión del propio derecho real.

(22) Esta afirmación parece recogerla la sentencia de 3 de mayo de 1963, cuando dice que «es doctrina legal reiteradísima que el título de dominio inscrito en el Registro acredita debidamente la posesión legal con los caracteres de civilísima, legalmente exigidos para poder promover el juicio de desahucio contra el poseedor material sin título y sin pagar renta».

Por ello creo que debe replantearse la cuestión, porque en realidad *el artículo 38 LH presume que se posee en el mismo concepto que está incorporado al título inscrito*. Lo que hay que hacer es relacionar el concepto posesorio con la presunción del artículo 38 LH; no es cierto que el artículo 38 esté presumiendo siempre la posesión civil, puesto que ello depende fundamentalmente del derecho que aparezca inscrito. Por ello puede decirse que la redacción del artículo 38 LH no es demasiado precisa, ya que si bien al referirse a la presunción de existencia del derecho lo hace con referencia a los derechos reales en general, cuando establece la presunción posesoria distingue entre dominio y derechos reales, pero está redactado de tal manera que parece referirse al dominio (como titularidad) del derecho real correspondiente y no a la disyuntiva actualmente vigente propiedad-derechos reales. No puede hablarse, pues, de dominio de los derechos reales (23), sino de dominio y derechos reales.

Como dice muy bien LACRUZ, esta presunción se refiere a aquellos derechos reales susceptibles de posesión, pero esta afirmación hay que matizarla en el sentido de que no todo derecho comporta posesión de la cosa, y que ello es cierto puede comprobarse con los siguientes supuestos que a continuación propongo:

- a) En el usufructo el usufructuario posee la cosa: cuando deja de poseer por cualquier causa, lo que sigue poseyendo es el derecho.
- b) El propietario de un inmueble arrendado posee el derecho de propiedad, pero no el objeto material sobre el que dicho derecho recae.
- c) El ejemplo de LACRUZ de la servidumbre negativa es el típico caso en el que inmueble sobre el que recae la servidumbre no es poseíble, pero sí lo es el derecho de servidumbre; lo propio ocurrirá con el derecho real de hipoteca. Y pasando a otro plano puede decirse que se posee el derecho de crédito, pero no se le ocurre a nadie decir que en este caso se posee la cosa sobre la que recae la obligación.

En resumen, pues, puede decirse que pueden poseerse todos los derechos (en el bien entendido que nos referimos siempre a los derechos patrimoniales, dejando aparte la problemática de los derechos derivados de las relaciones familiares, derechos de la personalidad, etc.), y ello en el sentido a que se refiere el artículo 437 del Código Civil, pero no todos los derechos comportan posesión efectiva de la cosa: en unos casos por-

(23) Si la redacción del artículo fuese la que se desprende de sus palabras tendría razón el profesor LACRUZ, pero esta redacción comportaría una subversión de los conceptos jurídicos. Véase también, a mayor abundamiento, GALINDO Y ESCOBURA. *ob. cit.*, pág. 741.

que está disociada la posesión y la tenencia, y en otros, como en los derechos de crédito, porque no existe un *ius in re* (24).

A la vista de lo anterior debo decir que en el artículo 38 LH están contemplados dos supuestos distintos: a) el dominio y derechos reales que comportan una relación física con la cosa, y b) los derechos reales que no comportan esta relación física. Por otra parte, habría que deducir de la lectura del artículo 38 LH y en una primera interpretación gramatical que las palabras «de los mismos» que aparecen al final del primer párrafo se refiere a la palabra «dominio» y también a la expresión «derechos reales», con lo que la afirmación del segundo inciso del primer párrafo constituiría una redundancia relacionada con la presunción de existencia, establecida en el inciso anterior, puesto que se presumiría la posesión de los derechos; pero dicho párrafo hay que entenderlo en el sentido de que la expresión «los mismos» puede interpretarse de distintas formas, según se entienda que se refiere a posesión de cosas inmuebles a través del dominio y demás derechos reales que comportan posesión de los mismos, o bien de simple posesión de derechos, sin relación física con la cosa: esta última interpretación sólo podría predicarse de aquellos derechos reales que no comportan detentación (25). En definitiva, cuando se refiere a inmuebles la expresión «los mismos» se refiere a posesión, y cuando se refiere a derechos reales que no llevan consigo detentación de la cosa se referirá a la posesión del derecho o cuasi-posesión (26).

Esta última interpretación es importante cuando se trata de establecer el verdadero sentido de la presunción posesoria del artículo 38 LH, dado que *el artículo 38 traslada al campo tabular el concepto posesorio, entendido como visibilidad posesoria; es decir, que la situación jurídica típica que se ejercita sobre el objeto, que normalmente vendría dada por los actos del poseedor, queda sustituida por la inscripción*. La inscripción va a dar la medida de la presunción, dado que el artículo 38 establece que la extensión del derecho real va a quedar conformada por la titularidad formal: *el Registro presume en consecuencia que el titular que tiene inscrito su derecho ejerce sobre el objeto («inmuebles») los derechos típicos derivados del contenido del título inscrito*.

(24) Para ilustrar la discusión acerca de la naturaleza de la cuasi-posesión, puede consultarse el Apéndice a la Partida 3, título 30, redactado por Ignacio SAMPONTS, MARTÍ DE EIXALÁ y SUBIRANA, en la edición de las *Partidas* publicada en Barcelona en 1844, págs. 842 y sigs.

(25) Entiendo que la posesión únicamente puede referirse a cosas y que la cuasi-posesión se refiere a derechos, de acuerdo con la interpretación que históricamente se nos ha ofrecido. Sin embargo, para mayor claridad, en el texto hablo sólo de posesión de cosa y posesión del derecho real sobre la cosa.

(26) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, Pamplona, 1971, págs. 834-835.

A efectos legitimadores, el alcance de la posesión vendrá conformado por el título inscrito. Si bien es cierto que el concepto posesorio viene proporcionado siempre por la actuación real y efectiva del titular y nunca por la inscripción, lo que ocurre es que el Registro va a presumir que sobre aquel inmueble se ostenta el concepto posesorio derivado o configurado en el título inscrito; en consecuencia, el artículo 38 LH, al establecer esta presunción, invierte claramente la carga de la prueba; coloca al titular en una posición muy cómoda, por cuanto la Ley va a presumirle, por el simple hecho de haber inscrito, que el concepto posesorio propio del título lo está ejerciendo realmente sobre el inmueble o que por lo menos está en situación de poder hacerlo, debiendo probar la afirmación contraria quien se oponga a ello. Esto es claramente contrario a lo que establecía el artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 en su primitiva redacción. De todos modos, debe advertirse que el artículo 38 LH deja intacta la realidad extrarregistral, dado que posee quien efectivamente posee, como dice ROCA SASTRE, sin que el Registro cree una nueva presunción *iuris et de iure* indestructible; por ello, el artículo 36 LH prevé la posibilidad de que se produzca una usucapión *contra tabulas*, ya que puede existir un poseedor real en concepto de dueño distinto del titular inscrito.

Puede añadirse que en el artículo 38 LH se plantea [como va a ocurrir en el art. 36, párrafo b), LH] un conflicto entre dos formas distintas de tutelar la apariencia jurídica: la posesoria y la tabular, y por ello resulta muy difícil establecer el verdadero alcance de la apariencia tabular, por cuanto va a incidir de lleno en una realidad que normalmente ha venido manifestándose a través de otro sistema tutelador de la apariencia como es la posesión (26 bis). Sin embargo, no puede hablarse de un antagonismo entre el sistema de publicidad del Registro y el sistema de publicidad de la posesión, puesto que la legitimación no se superpone a la posesión en el artículo 38 LH (27).

(26 bis) Ultimamente se ha puesto reiteradamente de relieve la vertiente de publicidad que tiene la posesión. Así se reconoce en la obra que he citado de ALVAREZ CAPEROCHIPI y en la de DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Apariencia jurídica. posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao, 1975, donde dice, entre otras cosas, que «la exteriorización en que consiste la posesión tiene un valor empírico en sí misma considerada, ya que en no pocas ocasiones se la identifica socialmente con la titularidad del derecho a que aparentemente responde. De manera que el hecho de que una persona posea a ciencia y conciencia de los demás miembros de la colectividad no da lugar de ordinario a que estos últimos se formulen juicios o valoraciones sobre su correcta o incorrección jurídica» (pág. 38).

(27) Por ello no son ciertas las afirmaciones que en este sentido hace ALVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, pág. 474, porque de ellas se deduce la idea de que la legitimación registral atribuye un derecho a poseer. Ello se desprende de la afirmación de que «el titular registral en virtud de la publicación de su derecho por el Registro, que todos pueden conocer, es lógico que goce de un ámbito de poder jurí-

B) *Impugnación de la presunción posesoria*.—Un problema que se presenta como derivado de la naturaleza de la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es el de establecer si es posible destruir la presunción posesoria sin atacar la inscripción, es decir, sin aplicar el segundo párrafo del propio artículo 38. Con referencia a este punto, dice ROCA SASTRE que quien pretenda desvirtuar la presunción posesoria del artículo 38, 1.º, LH, «debe atacar simultáneamente la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito, de la cual es derivación lógica» (28); LACRUZ, por su parte, dice que «mientras no se impugne la inscripción, la presunción sigue vigente, y el hecho de que el titular registral no sea poseedor no hace inexacto el Registro, por cuanto el Registro no publica la posesión y se limita a presumirla», y añade que «mas es preciso que ésta sea nula o en algún modo impugnabile; si no lo es, aunque el titular no posea, no cabrá evitar la vigencia de la presunción» (29).

Respetando la opinión de estos autores, debo decir que difiero sustancialmente de la misma, ya que de sus afirmaciones se deduce que sólo examinan la presunción posesoria con relación a una determinada categoría de derechos reales consistente fundamentalmente en el dominio, pero puede ocurrir que la posesión esté atribuida válidamente a otra persona que además tenga un título que la acredite como poseedor de mejor derecho que el propietario. Pueden existir varios casos:

- a) Que se posea en virtud de un derecho real limitativo del dominio que comporte posesión del inmueble; por ejemplo, el usufructo.
- b) Que se posea en virtud de un derecho personal o de crédito; por ejemplo, el comodato o un arrendamiento no inscribible.
- c) Que el poseedor lo sea porque haya adquirido el derecho real correspondiente a través de una usucapión *contra tabulas*.

De todos los supuestos enumerados creo que sólo debe aplicarse el procedimiento del segundo párrafo del artículo 38 LH en el señalado con c). Explicaré lo que quiero decir con esto: en cualquier caso en que lo que niegue el contradictor sea la titularidad inscrita y pretenda introducir una nueva titularidad, perfectamente incompatible con la ya exis-

dico (legitimación) para poder ejercitar *prima facie* las facultades anejas al derecho que el Registro publica», unido ello a su pregunta sobre «quién tiene mejor derecho a poseer: quien tiene la cosa en concepto de dueño o su titular registral». Ello no es cierto dado que el artículo 38 LH simplemente *presume* que el titular registral posee, no le otorga un derecho a poseer, dado que está preveyendo la posibilidad de que pueda existir un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral.

(28) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, cit., pág. 405.

(29) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 183-184. En este mismo sentido, véase ATARD GONZÁLEZ, Rafael: «La posesión en la legislación hipotecaria española», AAMN, tomo III, 1946, pág. 83.

tente, debe aplicarse el segundo párrafo del artículo 38 LH. Esta afirmación puede deducirse de la propia redacción de dicho párrafo cuando dice que «como consecuencia de lo dispuesto anteriormente no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos... sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente». Ello queda perfectamente claro por cuanto lo que hace el contradictor de la inscripción es contradecir la presunción de exactitud del Registro, manifestada de forma clara cuando el primer inciso del artículo 38, 1.º, presume la existencia del derecho inscrito y su pertenencia al titular, en la forma determinada en la inscripción (30). Puede ocurrir, pues, que el contradictor persiga la finalidad de que el Tribunal declare a su favor la titularidad de un derecho real compatible con el ya inscrito, en cuyo caso no se aplicará el párrafo citado. Pero ¿qué ocurre con la posesión? Al permitir las anteriores leyes hipotecarias la inscripción de posesión, parecía claro que, aun estando inscrito el dominio, pudiera pedirse la inscripción de posesión, aunque algunos autores habían negado esta posibilidad (31); pero presumiendo la vigente Ley que el titular está en situación de ejercer efectivamente sobre el objeto los derechos derivados del título, no veo lógica la postura de los autores que entienden que cuando se contradice únicamente la presunción de posesión, por existir un tercero con mejor

(30) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 177. Véase asimismo las sentencias de 22 de septiembre de 1965 y 23 de abril de 1949.

(31) A favor de esta tesis, CALDERÓN NEIRA, *ob. cit.*, pág. 77, diciendo que «inscrito el dominio, está virtualmente inscrito el derecho de poseer y, como consecuencia, la ley presume la existencia del hecho que se deriva de tal derecho, presunción *iuris et de iure* en cuanto a terceros (art. 35) mientras en el Registro no aparezca la posesión de otro», añadiendo en la página 83 que si «inscrito el dominio, ¿será obstáculo este principio para inscribir la posesión a nombre de una tercera persona?» (se está refiriendo al principio de que inscrito un derecho en el Registro, no puede inscribirse ninguna enajenación del mismo si no la verifica la persona a cuyo favor está inscrito, es decir, al tracto sucesivo), CALDERÓN contestaba a la pregunta anterior diciendo que «la posesión es un hecho que supone el ejercicio de hecho de un derecho, sin que esto implique que al poseedor corresponde el derecho; por tanto, el derecho y su posesión pueden pertenecer a personas distintas. En consecuencia, inscrito el dominio, puede inscribirse la posesión en favor de persona diferente y viceversa», exponiendo a continuación una serie de situaciones en las que puede encontrarse la situación posesoria de la finca: 1.º, que esté inscrito el dominio y pretenda inscribirse la posesión, cosa que consideraba plenamente factible, porque se desvanece la presunción de posesión; 2.º, si inscrita la posesión, puede inscribirse el dominio en favor de otra persona, dando una solución afirmativa, y 3.º, si inscrita la posesión, es inscribible otra vez en favor de persona diferente, cosa que considera imposible porque no pueden existir dos posesiones a la vez sobre la misma cosa.

En contra de esta tesis, véase GALINDO Y ESCOSURA, *ob. cit.*, tomo II, pág. 341, preguntándose «qué ocurre si inscrita la posesión se presenta un título traslativo de dominio, en que el transferente no sea quien la tiene inscrita a su favor. El Registrador debe negarse a admitirlo».

derecho a poseer, debe impugnarse a la vez la inscripción. Creo que el título inscrito da el alcance y contenido de la posesión, y por ello el segundo inciso del primer párrafo del artículo 38 LH es una consecuencia de la presunción de existencia y, sobre todo, de la de pertenencia (32); pero la presunción posesoria no comporta la presunción de la existencia del derecho (entre otras cosas porque, como he dicho, la posesión es un hecho), sino que comporta la de la posibilidad de ejercicio del mismo. Puede ocurrir que existiendo el derecho y siendo exacto el contenido del Registro, por cuanto, además, el derecho pertenece al titular en la misma forma en que aparece en la inscripción, sin embargo, su titular no pueda ejercitarlo con plenitud de facultades o al revés, que aparezca con menos facultades que las que en realidad tiene, ya porque el derecho dominical se halle modificado por la existencia de un derecho real limitativo del dominio o bien por la de un derecho personal, derivado de una relación contractual (arrendamiento, comodato), en cuyo caso no es posible darle entrada en el Registro.

Cuando, dejando intacta la titularidad inscrita, se persiga simplemente el limitarla o conformar el ejercicio del derecho inscrito tal como existe en la realidad y, consecuentemente, de modo distinto a como en el Registro aparece conformado, no hay necesidad de atacar la misma inscripción, porque esto debe hacerse, como dicho antes, cuando se ataca el título inscrito. En consecuencia, la conclusión a que debe llegarse es la de que *se puede atacar el alcance posesorio del derecho real inscrito, sin que sea necesario atacar la propia inscripción, estableciendo que dicho alcance no está de acuerdo con la realidad; debe impugnarse, pues, la inscripción cuando se contradiga el derecho inscrito, pero nunca cuando dejando intacto este derecho lo que se pretenda sea establecer su verdadero alcance posesorio. Sería, por otra parte, contradictorio exigir la petición de nulidad o cancelación de la inscripción cuando el contradictor está reconociendo que el derecho del titular existe y le pertenece, y precisamente por esto se pide la constancia de otro derecho real, perfectamente compatible con el ya inscrito.*

Después de estas conclusiones estamos en condiciones de estudiar los supuestos que enumeraba al plantear el problema:

1.º *Que estando inscrito el dominio se pida la inscripción de un derecho real limitativo del mismo, como enfiteusis, usufructo, servidumbres, etcétera. Si se llega a inscribir se transforma la presunción posesoria, por-*

(32) En el sentido de que quien aparece como titular tabular es quien tiene la facultad de disposición del derecho inscrito, que se entiende y presume como existente.

que al titular del derecho real inscrito se le presumirá la posesión y al dueño la posesión de su derecho de propiedad.

2.º Que estando inscrito el derecho real limitativo del dominio se pretenda inscribir a nombre de una persona distinta del titular el dominio, pero reconociendo el derecho real limitativo en favor de quien lo tenga inscrito. La consecuencia será la misma que en el supuesto anterior (33).

3.º Que el derecho que comporta posesión sea de tipo personal (arrendamiento, comodato, etc.), que salvo en el supuesto del párrafo 5.º del artículo 2 LH no puede tener una constancia registral. El Registro en este caso presumirá siempre la posesión efectiva en cabeza del titular registral cuando en realidad no posee el inmueble, sino el derecho. La presunción será siempre contraria a la realidad y podría comportar incluso una verdadera injusticia por cuanto el titular inscrito goza siempre de la posibilidad de interponer la acción real del artículo 41 LH. Sin embargo, en este caso, le queda al verdadero poseedor la posibilidad de oponerse al ejercicio de esta acción en base a la regla de oposición segunda del citado artículo 41 LH.

C) *Efectos de la presunción posesoria.*—He dicho al comienzo de este trabajo que la materia posesoria debe quedar regulada por lo dispuesto en el Código Civil, dado que la Ley Hipotecaria no tiene por qué regularla de forma distinta; en consecuencia de ello hay que aplicar al titular registral las mismas consecuencias que el Código atribuye al poseedor, aunque convenientemente matizadas, por la especial naturaleza de la presunción del artículo 38 LH:

1.º *Presunción de buena fe del artículo 434 del Código Civil.* Como consecuencia de la misma debe entenderse que el titular registral posee de buena fe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 433 (34). Esto será muy importante en relación con la percepción de frutos, puesto que el artículo 451 es una de las consecuencias más importantes derivadas de la citada presunción. Pero surge una cuestión en este punto cuando se trata de presumir la buena fe de un titular registral: ¿esta buena fe debe referirse al ámbito puramente registral o, por el contrario, debe aplicarse al poseedor el artículo 433 del Código Civil? Digo esto porque si se refiere al ámbito puramente registral, la buena fe consistirá en la ig-

(33) Imaginemos que quien aparece en el Registro como usufructuario llega a adquirir la nuda propiedad, pero no inscribe su título; existirá aquí una clara discrepancia entre Registro y realidad, puesto que el Registro sigue presumiendo el concepto posesorio de acuerdo con el derecho real que aparezca inscrito.

(34) Ya se verán las consecuencias que ello comporta en relación a la aplicación del artículo 35 LH.

norancia de la inexactitud registral y el artículo 433 del Código Civil la concibe como la ignorancia de que exista realmente un vicio en el título o modo de adquirir. Si bien es cierto, como dice ALBALADEJO (35), que la posesión de buena fe se basa en un error, uno será un error registral y el otro lo sería extrarregistral. Si bien el planteamiento parece a primera vista interesante, creo que en el fondo la cuestión de la distinción entre estos dos tipos de error no ofrece demasiada relevancia: en efecto, la buena fe consistente en desconocer que el contenido del Registro es inexacto da lugar, unida a las demás circunstancias del artículo 34 LH, a una adquisición *a non domino*, y, por tanto, aunque después el adquirente llegue a conocer el vicio del título base de su adquisición, ya es propietario y posee como tal y, por tanto, de buena fe, dado que conoce que se ha producido a su favor la citada adquisición y que su título era perfectamente válido. Si no se dan las circunstancias del artículo 34 LH y el adquirente inscribe, se le presumirá asimismo la buena fe, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 LH, a los efectos de la usucapión *secundum tabulas*.

Pero ¿es posible que quien adquirió de buena fe, de acuerdo con el contenido del Registro, devenga poseedor de mala fe? Cuando la adquisición se produce en virtud del mecanismo del artículo 34 LH, aunque después se llegue a conocer la inexactitud registral, de todos modos se ha producido una adquisición firme, por lo que se posee no en virtud de un título derivativo, sino originario, y el convencimiento de la validez de este título legitima la buena fe de la posesión. Cuando en el momento de adquirir existe buena fe, pero no concurría alguna de las circunstancias del artículo 34 LH, puede ocurrir que el poseedor, inicialmente de buena fe, devenga en poseedor de mala fe por llegar al convencimiento de que «en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide»; en este caso habrá que aplicar la disposición del artículo 435 del Código Civil, por lo que si este titular estaba usucapiendo *secundum tabulas*, por ejemplo, dejará de operar dicha presunción a los efectos de lo dispuesto en el artículo 35 LH.

Una última cuestión que se plantea con relación a la materia de la buena fe es la de que el artículo 38 LH no cubre la buena fe del tercer adquirente posterior porque la mecánica registral consiste en la protección frente a derechos reales no inscritos, pero no frente a situaciones de hecho, a las que no se extiende la protección registral. Al ser la posesión un hecho jurídico y presumirla el Registro, está estableciendo una presunción de hecho que no garantiza al tercer adquirente que el titular re-

(35) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1974, pág. 58.

gistrar esté realmente poseyendo. Por ello el artículo 36 LH, en relación con la usucapción *contra tabulas*, exige en el adquirente del titular usucapido una diligencia especial para que el Registro pueda mantenerle en su adquisición, puesto que si bien en principio se ha producido una adquisición acorde con los requisitos establecidos en el artículo 34 LH, la existencia de un hecho obstativo que no puede aparecer en el Registro no puede asegurar que el titular inscrito posea realmente y en el concepto que puede deducirse del título inscrito.

2.º *Presunción de justo título.* En relación con este tema, VALLET DE GOYTISOLO (36) entiende que «la presunción del artículo 38 LH es una presunción *prima facies*. Que cae si se demuestra que otra persona posee en concepto de dueño con más de un año de antigüedad, en cuya hipótesis la presunción del artículo 448 del Código Civil se impone».

Creo que esta afirmación es ciertamente precipitada, porque lo primero que debe estudiarse en este punto es qué es lo que realmente presume el artículo 448 del Código Civil. Según VALLET, este artículo «sienta en favor del poseedor en concepto de dueño una presunción de dominio o de titularidad real, pero enraizada en el acto adquisitivo», añadiendo que «se presume que el poseedor en concepto de dueño adquirió legalmente el dominio» (37). BADOSA COLL, por su parte, dice que el artículo 448 del Código Civil «en realidad lo que establece es una presunción de existencia del derecho a poseer correspondiente al concepto en el que se posee. El artículo 448 significa, pues, que se presume que el poseedor es titular del derecho, en cuyo concepto posee», añadiendo que «ambos puntos, presunción de la existencia del justo título (en el sentido de hecho jurídico) y presunción de la existencia del derecho correspondiente al concepto posesorio, se reúnen en una sola presunción de justo título eficaz» (38).

A la vista de estas dos concepciones, que coinciden en lo fundamental, creo que hay que entender que la presunción de justo título para el titular inscrito no hay que derivarla de la presunción posesoria del artículo 38 LH, sino de la de existencia del derecho, contenida en el párrafo 1.º del propio artículo 38. Es de aquí de donde el artículo 38 LH deduce el derecho a poseer del titular inscrito y precisamente en el concepto que se desprende de dicho título. Así, pues, *en el sistema hipotecario, de la presunción de existencia del derecho se deduce la presunción de posesión y no al revés, como ocurre en el Código Civil.*

(36) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral», en *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, 1973, págs. 342 y sigs.

(37) VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, pág. 341.

(38) BADOSA COLL, Fernando: *Justo título*, Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIV, Barcelona, 1971, pág. 686.

Ahora bien, la posesión es un hecho jurídico que vive como tal al margen del Registro, y puede ocurrir que o bien el titular registral haya invertido su concepto posesorio, o bien que un tercero esté usucapiendo (y, por tanto, poseyendo en concepto de dueño) frente al titular registral. Qué ocurre en estos supuestos?

a) En el caso de que el titular registral haya invertido el concepto posesorio hay que decir que, en principio, le afecta la presunción del artículo 436 del Código Civil, en el sentido de que se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió. Pero puede ocurrir que el titular registral cambie el concepto en que posee «por efecto de una mutación del *animus* adecuadamente exteriorizada» (39). Ello puede ocurrir bien porque de forma unilateral se cambie el concepto en que originariamente se poseía, o bien porque este cambio lo efectúa unilateralmente el propio poseedor. Este último supuesto ha sido considerado por algún autor como un acto antijurídico que tiene unas características similares al despojo, pero lo cierto es que la doctrina española ha venido admitiendo de forma unánime la posibilidad de la inversión del concepto posesorio por acto unilateral del poseedor. Ocurrirá, pues, que se ha producido una inversión del concepto reflejado en el título inscrito, bien por un acto bilateral no inscrito (40), bien por un acto unilateral; en estos casos debe concluirse que el justo título se va a presumir en quien efectivamente posee en concepto de dueño, con independencia de las proclamaciones registrales (41).

b) Cuando existe un tercero que esté usucapiendo *contra tabulas*, quiere decir que posee en concepto de dueño, por lo que en este caso la proclamación registral es totalmente inexacta y en consecuencia no favorecerá al titular la presunción del artículo 448 del Código Civil. Sin embargo, debe decirse que la presunción del artículo 38 LH no puede servir de base a la usucapición, puesto que, como veremos, el artículo 35 LH parte de una base distinta.

3.º *Efectos procesales.* Se concretan en cuatro puntos: a) la posibilidad de interponer la acción reivindicatoria; b) la posibilidad de inter-

(39) MORALES MORENO, Antonio: *Posesión y usucapición*, Madrid, 1972, pág. 101.

(40) Piénsese en una compraventa en la que la tradición se efectúa a través del *constitutum possessorium*.

(41) Sin embargo, no me parece adecuada la afirmación de VALLET de que cuando la presunción de exactitud registral queda contrarrestada por la del artículo 448 del Código civil: «La consecuencia será que existe un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral. Quien adquiere de este último no estará protegido por el artículo 34 LH» (*ob. cit.*, pág. 344), y ello no es cierto porque el juego de la fe pública actúa precisamente aquí y el adquirente será verdadero tercero hipotecario, salvo cuando deba afectarle la posesión *ad usucapionem* extrarregistral, de acuerdo con el artículo 36 LH.

poner interdictos poseorios; c) la posibilidad de interponer la acción de desahucio por precario, y d) la posibilidad de ejercitar la acción real del artículo 41 LH.

a) *Acción reivindicatoria*. La presunción del artículo 38 LH es legitimadora e invierte la carga de la prueba; es posible, pues, al amparo de la inscripción, interponer la acción reivindicatoria de dominio, debiendo probar la no titularidad el demandado. Lo que ocurrirá es que al titular registral le resulta más fácil interponer la acción real del artículo 41 LH que accionar mediante la reivindicatoria (42).

b) *Interdictos poseorios*. La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 desconecta totalmente la posesión de hecho «que permanece completamente desconectada del Registro», y como consecuencia de ello afirma que «la *possessio ad interdicta* subsiste con plena virtualidad al no venir condicionada por las declaraciones del Registro. Derivada de la necesidad de mantener la paz pública o de la conveniencia de conservar la continuidad de las relaciones de la vida, se desenvuelve con independencia de la institución registral». Ahora bien, a pesar de estas declaraciones la doctrina no es pacífica en este punto, puesto que los autores sustentan opiniones distintas en orden a la consideración de si, en base a la pura inscripción, se pueden interponer interdictos.

(42) ROCA SASTRE, *ob. últ. cit.*, tomo I, pág. 416, dice que «si en virtud del artículo 38-1 de la Ley Hipotecaria quien tenga inscrito a su nombre el dominio (u otro derecho real) sobre inmuebles se presume que éste existe y le pertenece, evidentemente el titular según el Registro no deberá probar que le pertenece dicho dominio, pues es suficiente que lo *afirme y corrobore* con certificación registral». Y PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol 1.º, Barcelona, 1971, pág. 203, dice que «a los efectos del ejercicio de la acción reivindicatoria basta la presunción de que existe el derecho de propiedad inscrito». Sin embargo, ambos autores basan la posibilidad de interponer dicha acción no en la presunción de posesión, sino en la de existencia del primer inciso del primer párrafo de dicho artículo 38 LH.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ niega la posibilidad de que se pueda interponer la acción reivindicatoria a partir de la presunción del artículo 38 LH, porque dice que esta opinión «supone la prevalencia absoluta del titular registral sobre el poseedor, por cuanto que el titular registral puede reclamar el derecho a poseer la cosa con la sola inscripción y en la medida en que no conste el dominio del poseedor, pero supone algo más: desencaja el sentido de las acciones plenas», y se pregunta que cómo van a permitirse los efectos de la cosa juzgada en base a la sola apariencia, llegando a la conclusión de que «la acción plenaria nunca puede ser vehículo que se asiente en la apariencia, sino que su fundamento es la titularidad plena, que deberá probarse» (*ob. cit.*, pág. 484).

A pesar de esta teoría, creo que la opinión mayoritaria es plenamente válida, porque lo que afirman los autores citados, y ésta es la opinión que se recoge en el texto, es que en este caso, la inscripción invierte la carga de la prueba, no que produzca prueba plena. Así, la inscripción legitimará para accionar e invertirá la carga de la prueba del mejor derecho a poseer del actor.

ANGEL SANZ, después de declarar, de acuerdo con la Exposición de Motivos citada, que la protección interdictal es totalmente independiente de las declaraciones registrales, añade que «en todo caso disfrutará (el titular) de la presunción de que es poseedor y queda relevado de la carga de la prueba, con lo que puede ejercitar los interdictos sin más que acreditar su titularidad con certificación del Registro» (43); LACRUZ, por su parte, basándose en una interpretación de los artículos de la Ley Hipotecaria, relacionándolos con los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluye que «no hay inconveniente en que el titular registral pueda ejercitar el interdicto sin aportar, en principio, otra prueba que la certificación del asiento» (44).

Sin embargo, otros autores se muestran vacilantes a la hora de admitir la posibilidad de interponer interdictos al amparo de la presunción del artículo 38 LH. Para ATARD, la protección interdictal no tiene eficacia registral fuera del derecho transitorio, ya que «desde el momento en que el titular inscrito goza de una presunción de posesión, no cabe lógicamente atacar al titular, sino atacando el asiento que lo proclama» (45); MARTÍNEZ CORBALÁN separa la posesión del titular inscrito de la del poseedor *de facto*, y con relación a este último entiende que la posesión transcurre por sus cauces civiles «y tanto el titular inscrito, si realmente posee y es perturbado, como el poseedor de hecho, si quiere la posesión conforme al artículo 460, pueden ejercitar los remedios posesorios e interdictales» (46); en otra obra refuerza esta opinión y dice, refiriéndose a los efectos procesales del artículo 38 LH, que «si el titular inscrito entabla el interdicto no podrá basarse en la presunción posesoria del artículo 38 LH para evitarse la prueba que exige el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el demandado tiene por qué destruir mediante prueba en contrario» (47); ROCA SASTRE parece aceptar también esta tesis, puesto que afirma que la posesión de hecho está completamente desconectada del Registro, citando en su apoyo las palabras de la Exposición de Motivos (48).

Creo que esta segunda posición es la más acertada (49), por varias

(43) SANZ, *ob. cit.*, pág. 501.

(44) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 185.

(45) ATARD GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 83.

(46) MARTÍNEZ CORBALÁN: *La reforma de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 108.

(47) MARTÍNEZ CORBALÁN: *Más sobre los artículos 24*, cit., pág. 529.

(48) ROCA SASTRE, *ob. ult. cit.*, pág. 406.

(49) Aunque el propio LACRUZ no sostiene con demasiada firmeza su teoría porque considera que si bien, en principio, la prueba de la certificación del asiento debería bastar al titular para interponer el interdicto, añade que la inscripción sólo ayuda limitadamente y que la consideración *prima facie* como despojado del titular registral que no posee, sólo se mantendrá cuando, en efecto, el despojo haya tenido lugar. Ver LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 185.

razones derivadas fundamentalmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así el artículo 651 Ley Enjuiciamiento Civil dice que podrá interponer interdictos posesorios quien «se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa»; de aquí puede deducirse que la presunción posesoria del artículo 38 LH no faculta al titular despojado que no posee realmente para interponer interdictos, porque para ello no basta la simple presunción de relación física con la cosa, sino que se requiere la real y efectiva relación fáctica. En la actualidad, la ley concede a todo poseedor la facultad de defenderse contra las intromisiones injustas de terceros, con independencia de título que se alegue para poseer. Esta posibilidad fue una innovación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1853, cuando concedió la posibilidad de interponer interdictos a cualquiera que estuviese en poder de la cosa y fuese despojado de la posesión; superaba con ello esta ley de concepción histórica, según la que, al distinguirse entre poseedor natural (relación material con la cosa, sin ánimo de dueño y en nombre propio) y detentador (no poseedor, poseía en nombre ajeno), no se otorgaba posibilidad de accionar mediante interdictos a este último (50). Pero actualmente y desde esta ley de 1853 que no distinguía entre los distintos tipos de poseedores puede ejercitarlos cualquiera que tenga la posesión efectiva.

Las razones por las que creo que la presunción posesoria del artículo 38 LH no legitima al titular registral para interponer interdictos posesorios son las siguientes:

a') porque la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere la *posesión real* (el hecho físico posesorio) sobre el inmueble, pero del artículo 38 LH no puede deducirse esta posesión. El artículo 38 LH se limita a establecer una presunción, que según doctrina comúnmente admitida por los hipotecaristas, es *iuris tantum*, admite prueba en contrario y se limita a presumir una realidad que vive completamente al margen del Registro;

b') porque el interdicto de retener y recobrar (típicamente posesorio) exige una desposesión previa o que el poseedor haya sido perturbado «por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle» (art. 1.651 L. E. C.), lo que se repite en el segundo párrafo del artículo 1.652 Ley de Enjuiciamiento Civil; la prueba, pues, ha de concretarse a este extremo y aun admitiendo la posibilidad de que al amparo del artículo 38 LH se pudiera interponer dicho interdicto, la naturaleza de la prueba exigida en el artículo 1.652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser nunca suplida por la presunción del artículo 38 LH;

(50) Véase la glosa de Gregorio LÓPEZ a las leyes de Partida 3, 30, 12, 13 y 14, para las diferentes maneras como se pierde la posesión y la distinción entre poseedor natural, poseedor civil y detentador.

c') por último, los interdictos requieren que se interpongan en el plazo de un año desde la producción del acto que ocasiona el despojo o la inquietación en la posesión. Es imposible basar esta prueba de que se ejercita el interdicto dentro de plazo, ya que el titular inscrito, que hubiese sido inquietado o despojado, si basara su alegación únicamente en la presunción posesoria, no podría acreditar nunca la fecha en que se produjo dicha perturbación, por lo que siempre debería rechazarse la demanda.

El interdicto se basa, pues, en la protección de la relación física hombre-cosa (51), para la protección del orden público, jurídico y tiene su manifestación en el artículo 441 del Código Civil (52); con él se busca únicamente la reposición del poseedor usurpado en su relación con la cosa, con independencia de si esta relación está basada en un título justo o no lo está; para esto, el propio artículo 441 del Código Civil establece que debe acudir a los tribunales cuando se pretenda la posesión de una cosa que su tenedor se niegue a entregar, siempre y cuando el que lo pretenda tenga derecho a ello. *No se puede, pues, basar el interdicto en una presunción de posesión, porque la presunción posesoria del artículo 38 LH deriva de haber inscrito un título y el interdicto no tiene como fundamento el título, sino el hecho mismo de la posesión.* No se discute aquí si el despojante tiene o no derecho a reclamar la posesión de la cosa (ello sería objeto de una reivindicatoria o de un juicio de desahucio), sino que a la vista de un acto injusto (en base al artículo 441 del Código Civil), la ley concede la posibilidad de devolver las cosas al estado en que se hallaban antes del despojo, con la reserva de que pueda discutirse en otro procedimiento el derecho del despojante a la posesión.

c) La presunción del artículo 38 LH faculta al titular registral para interponer *la acción de desahucio por precario*. La razón estriba en que dicha acción se basa en la falta de título para poseer por parte del precarista, al paso que el titular registral tiene un título que le acredita con derecho a poseer. Aquí la cuestión no se mueve en el terreno de los puros hechos, sino de quien tiene título para poseer la finca; por tanto, debe prevalecer una proclamación jurídica, derivada de los pronunciamientos registrales, frente a una situación de mero hecho, dado que el precarista no tiene ningún título que le legitime para poseer.

(51) Puede consultarse DE LOS MOZOS, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962. DE DIEGO LORA: *La posesión y los procesos posesorios*. Madrid, 1962, quienes se pronuncian en el sentido que se apunta en el texto.

(52) Este artículo suprime la *exceptio domini* en el interdicto *unde vi*. Véase, en este sentido, MARTÍ MIRALLES, Juan: *Spoliatus ante omnia restituendus*, Tarra-gona, 1972, pág. 141.

El juicio de desahucio por precario se basa en un título y dicho título puede darlo el Registro, el cual, por el hecho de inscribir invierte la carga de la prueba, facilitándola al titular inscrito. Por ello puede decirse que la acción de desahucio por precario busca acomodar el Registro a la realidad extrarregistral, al igual que ocurrirá con la acción del artículo 41 LH y su objetivo será reclamar la posesión que injustamente ostenta una persona distinta del titular registral (53). En realidad, sin embargo, lo que facultará al titular registral accionante para interponer dicha acción será lo dispuesto en el artículo 444 del Código Civil, buscándose la efectividad real de una simple presunción posesoria (la del art. 38 LH). Por ello, el titular puede basar su pretensión en la inscripción, debiendo probar el precarista que posee en virtud de título (con lo que la prueba que se le exige es la de que no sea precarista).

d) *Posibilidad de ejercitar la acción registral del artículo 41 LH.* Dejando al margen el problema de la naturaleza del procedimiento a que da lugar dicha acción (54), creo que dicho proceso es una consecuencia, no tanto de la presunción de posesión, sino de la presunción de existencia y veracidad del primer inciso del artículo 38 LH. En realidad, no puede decirse que la acción del artículo 41 LH sea un verdadero interdicto, ya que le falta uno de los requisitos esenciales al mismo, cual es el de que el poseedor despojado se hallase en posesión de la cosa y que fuese perturbado en esta posesión. Ahora bien, aun no tratándose de un verdadero interdicto y si simplemente de un juicio ejecutivo basado en un título, que en este caso es la inscripción, en el propio artículo 41 LH existen unas palabras que nos hacen dudar si la acción real algunas veces no puede ser asimilada a los interdictos. Se trata de la referencia del artículo 41 al legitimado pasivamente que serán aquellos que «perturben su ejercicio» (el de los derechos inscritos): si comparamos esta expresión con lo que se dice en el artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habla del poseedor que ha sido perturbado, creo que es posible distinguir dentro del artículo 41 LH varias posibilidades: teniendo en cuenta que la finalidad de la acción del artículo 41 LH es la puesta en posesión del titular registral, es decir, adecuar el Registro a la realidad jurídica, haciendo real-

(53) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 185, y sentencias citadas en la nota 5 de esta misma página. Ver asimismo ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 418.

(54) Ver un resumen de las teorías sustentadas por los distintos autores en ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 450 y sigs. Ultimamente puede consultarse el trabajo citado de ALVAREZ CAPERUCHIPI, pág. 483, donde opina que si bien «no es una acción posesoria (un interdicto) tiene como finalidad atribuir la efectividad posesoria de un bien inmueble al titular registral», opinando asimismo (pág. 482) que «la acción real registral persigue la efectividad posesoria del derecho inscrito: es fundamentalmente una acción recuperadora de la cosa inmueble».

mente efectiva la presunción posesoria, hay que partir del supuesto que el titular inscrito al que se presume poseedor, en realidad no lo es. A partir de aquí y adecuando esta afirmación con lo que realmente presume el artículo 38 LH, hay que decir que *cualquier acto que impida el ejercicio del derecho de acuerdo con el concepto posesorio puede ser rechazado mediante el ejercicio de esta acción*. Por ello, el artículo 41 LH legitima pasivamente a aquellos que se opongan al derecho inscrito sin título suficiente o que, teniendo un título inscrito, se hayan excedido en su ejercicio (art. 138 RH) (55).

Cuando la Ley hipotecaria habla de *perturbación*, hay que entender, como dice ROCA SASTRE, que se refiere a aquellos supuestos en que el titular registral posee, pero «es inquietado en su posesión por el demandado, asignando al concepto de perturbación el sentido amplio de toda lesión de la posesión del titular registral, siempre que tal lesión no implique desposesión o despojo» (56); en este punto hay que decir que la acción real se asemeja a los interdictos.

Sin entrar a fondo a tratar este tema, creo que la conclusión a que debe llegarse es que *el artículo 41 LH crea una acción civil real, basada en una presunción hipotecaria*. Me inclino por afirmar que se trata de una acción posesoria que si bien no tiene la naturaleza de los interdictos, sí es paralela a ellos y no se basa en un hecho, sino en una simple presunción. No es un interdicto, pero al no poderlo ejercitar el titular registral en base a la presunción del artículo 38 LH, la ley hipotecaria concede al titular inscrito una acción paralela, concretada en el artículo 41 LH.

4.º *Consecuencias de la presunción posesoria en relación con la tradición*. Si bien de los distintos proyectos de leyes hipotecarias se puede deducir la idea de que los juristas del siglo XIX deseaban hacer constitutiva la inscripción (57), este deseo no se plasmó en ninguna dispo-

(55) Podría incluirse en este apartado cualquier acto de tercero, invirtiendo el concepto posesorio.

(56) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 474.

(57) El Proyecto de ley presentado al Congreso el 11 de febrero de 1858, por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Fernández de la Hoz, en el que se autorizaba al Gobierno para emprender la reforma hipotecaria, en su artículo 1 contenía la base primera, en la que se decía que «será obligatoria la inscripción en los Registros públicos de todos los derechos, de cualquier especie, que se adquieran, transmitan, modifiquen o extingan sobre bienes inmuebles o derechos reales». Esta misma redacción aparecía en el Proyecto de ley aprobado definitivamente por el Congreso el 1 de marzo de 1858. Es evidente que en la terminología actual no es lo mismo que la inscripción sea obligatoria o que sea constitutiva. Sin embargo, de las discusiones y justificaciones que se daban a este Proyecto puede deducirse que la idea de los redactores de estas leyes estaba en que la inscripción fuese constitutiva para facilitar el crédito territorial, que en el estado de cosas en que se hallaba en 1858 se veía muy disminuido.

sición legal ni en la Ley de 1861, ni en la de 1869. Por tanto, el sistema del Código Civil sigue acogiendo la teoría clásica del título y el modo, consagrada en los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Por tanto, para transmitir la propiedad mediante acuerdo de voluntades, se requiere el contrato más la tradición y si ésta no existe no se habrá producido el traspaso del derecho y no podrá ser inscrito en el Registro. Ahora bien, la necesidad de tradición queda muy minimizada por la disposición del artículo 1.462, 2.º del Código Civil cuando establece que cuando se haga la venta en escritura pública, su otorgamiento equivale a la entrega, salvo voluntad contraria de las partes; en relación a este punto debe hacerse una observación: existen dos posibilidades, o que el *tradens* tenga la posesión material efectiva de la finca o que no la tenga. En el primer supuesto, no existe ninguna duda de que el otorgamiento de escritura pública puede equivaler a la entrega en los casos del artículo 1.462, 2.º del Código Civil; en el segundo supuesto, si el *tradens* no tiene la posesión, como dice ALBALADEJO, no es posible entender la tradición como transferente de la posesión mediata (58), pero en este caso, ¿puede servir de algo la presunción posesoria del artículo 38 LH? SANZ entiende que «la presunción de posesión del artículo 38 implica la de haberse adquirido dicha posesión con arreglo a título inscrito, o lo que es lo mismo, la de haberse efectuado la tradición» (59), fundamentando esta solución en que requiriéndose título y modo, no se adquiere el derecho sino mediante la tradición y como la presunción del artículo 38 LH lo es de existencia, es preciso completarla con la de que se ha efectuado la tradición. Realmente esta posición puede ser objeto de crítica, ya que la presunción de posesión deriva de la de existencia del propio artículo 38 y esta presunción de existencia se produce como consecuencia de la inscripción, no de la tradición. Claro es que mientras no se demuestre lo contrario, hay que entender que ha mediado la tradición, pero ello derivará del otorgamiento de escritura pública y como consecuencia del artículo 1.462, 2.º del Código Civil.

Lo que hay que afirmar es que la presunción del artículo 38 LH no facilita para nada la tradición; efectivamente, si el titular registral posee, la tradición, por medio de la escritura pública, se producirá con absoluta independencia del Registro; si no posee, la presunción del artículo 38 LH no favorece al tercero, porque al ser una simple presunción de hecho, no le garantiza que el contenido del Registro sea exacto y, en consecuencia, no podrá alegar dicha presunción para basar la efectividad de tradición mediante escritura pública, si el *tradens* realmente no

(58) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *ob. cit.*, pág. 127. Véase asimismo MORALES MORENO, Antonio, *ob. cit.*, págs. 278 y sigs.

(59) SANZ FERNÁNDEZ, Angel, *ob. cit.*, págs. 258 y sigs.

poseía. Por este razonamiento, sin embargo, podría llegarse a la absurda consecuencia de afirmar que en estos casos el propietario no poseedor no podría nunca transmitir válidamente el dominio, pero ello no es cierto porque el *tradens* tiene la posesión de un derecho incorporal (el derecho de propiedad), debiendo aplicarse en este caso el artículo 1.464 del Código Civil en cuanto regula la tradición cuando lo que se transmite sea un derecho incorporal. En consecuencia, también será mediante escritura pública como se transmitirá la posesión de un derecho incorporal, el derecho de propiedad.

II. LA USUCAPIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El otro gran punto de conexión de la materia posesoria con el Registro lo constituye el tema de la usucapición, en cuanto que la posesión continuada, unida a unas determinadas características, conduce a la adquisición del dominio o derecho real que se está usucapiendo.

Resumiendo el tema desde el planteamiento histórico, hay que decir que la usucapición ha constituido tradicionalmente un grave problema cuando se la ha relacionado con el Registro; es cierto que se trata de una materia relativa al derecho civil puro, pero siendo uno de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, es lógico y además necesario, que se la deba relacionar con la institución registral, porque puede ser fuente de profundos desajustes entre la realidad y el Registro.

El primer texto en el que se encuentra una referencia a las relaciones entre usucapición y Registro en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861, que decía que «la prescripción no perjudicará a terceros adquirentes si requiriendo justo título, no se hallere éste inscrito en el Registro»; la razón de ser de esta disposición la encontraba GÓMEZ DE LA SERNA en que la Ley Hipotecaria limita los efectos de la usucapición a que no pueda ser perjudicado el tercero, dejando los demás derechos dentro de las condiciones del derecho común (60). Para PANTOJA y LLORET este artículo iba mucho más allá, entendiendo dichos autores que a partir de la Ley Hipotecaria se requería para la usucapición que el título en que se apoye esté inscrito en el Registro (61).

Según la legalidad vigente a la vista de las anteriores leyes hipotecarias era posible que la posesión inscrita se convirtiese en inscripción de dominio por el mero transcurso de treinta años; esta posibilidad la

(60) GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862, tomo I, pág. 641.

(61) PANTOJA, José M.^a, y LLORET, Antonio M.^a: *Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*, Madrid, 1861, tomo I, página 239. Ver asimismo CALDERÓN NEIRA, *ob. cit.*, pág. 102.

justificaba GAYOSO ARIAS diciendo que la inscripción da a conocer al dueño la posesión y el título del poseedor y facilita la reivindicación, acusando en él mayor negligencia (62); cita, además, una sentencia de 14 de febrero de 1905 en la que se decía que aun sin conversión, a los treinta años produciría la inscripción posesoria los mismos efectos que la de dominio.

La actual Ley Hipotecaria regula la incidencia de la usucapión en la materia registral en los artículos 35 y 36, que responden a la necesidad, apuntada en la Exposición de motivos, de conservar la debida concordancia entre la realidad y el Registro. La Ley Hipotecaria acoge los tipos de usucapión, que no modifican para nada la normativa del Código Civil, ocupándose en primer lugar, de aquella que «convalida y ratifica las situaciones registrales» y «aquella otra que actúa en contra de los derechos inscritos» (63). La doctrina las denomina *usucapión secundum tabulas* (u. s. t.), regulada en el artículo 35 LH, y *usucapión contra tabulas* (u. c. t.), regulada en el artículo 36 LH.

A) *La Usucapión secundum tabulas*

La mayoría de los autores entienden que el principio proclamado en el artículo 35 LH es una consecuencia de la legitimación registral (64). Se trata con ello de favorecer al adquirente que inscribe su derecho, a fin de que adquiera con el transcurso del tiempo aquel dominio o derecho real que no adquirió en virtud de la transmisión. Pero antes de entrar en el estudio concreto del artículo 35 LH hay que plantear el problema de si el citado artículo está estructurando una verdadera usucapión o, por el contrario, plantea, aunque sea indirectamente, una prescripción extintiva. Díez PICAZO entiende que en nuestro Código Civil la pérdida del dominio por el antiguo dueño constituye un caso de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria del derecho real, de modo que toda usucapión de dominio coincide con una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, aunque el propio autor cree que no puede decirse que la usucapión haya sido el acto de adquisición, ya que el usucapiente adquirió la cosa con el acto o negocio que le permi-

(62) GAYOSO ARIAS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 466.

(63) Esta regulación tiene su origen en los trabajos de PORCIOLES, que se concretan en su conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 5 de mayo de 1944, titulada *La prescripción y el Registro de la Propiedad*. Verla en el volumen *Cuestiones de Derecho hipotecario y social*, Colegio Notarial de Barcelona, 1945, págs. 163 y sigs.

(64) DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 99; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones*, cit., pág. 229, y ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo I, pág. 413.

tió comenzar a poseer y el paso del tiempo produce en realidad una conversión de la posesión en dominio (65), si bien esta última afirmación no la considero del todo válida, a la vista de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil. De todos modos es absolutamente cierto que lo que ocurre es que se producen a la vez dos fenómenos distintos: por una parte, una prescripción adquisitiva en el usucapiente y, por otra parte, una extintiva en el antiguo dueño, que se ve privado de la posibilidad de reivindicar, al poder oponerle el usucapiente que ha consumado a su favor la usucapición, esta excepción.

Dejado aparte este tema, hay que decir que si bien la Ley Hipotecaria facilita la usucapición a aquel adquirente que inscriba, en realidad no desliga totalmente el proceso de la realidad extrarregistral; en efecto la antigua conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio por el mero transcurso de los treinta años provocaba una verdadera prescripción tabular, en la que la constancia de aquel derecho en el Registro, prolongada durante el plazo de tiempo que marcaba la Ley, producía el efecto de transformar una inscripción de posesión en inscripción de dominio, con las consecuencias que ello comportaba. Pero el artículo 35 LH no contempla actualmente este tipo de usucapición: *requiere que la inscripción venga acompañada de la posesión efectiva para que pueda producirse a favor del titular inscrito la adquisición efectiva del derecho de que se trate*. Esta conclusión nos la proporciona un dato que nos ofrece la propia Ley Hipotecaria: en efecto, entre las presunciones del artículo 35 LH no se encuentra la presunción de posesión, ya que dicho artículo se limita a presumir los caracteres de la posesión que efectivamente debe ostentar el titular inscrito para llegar a adquirir, por usucapición (66). Algún autor, como, p. ej., BÉRGAMO LLA-

(65) Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, págs. 50 y 52.

(66) DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: «La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*, 1949, pág. 550. Véase asimismo COSSIO, *ob. cit.*, págs. 149-150, y Roca SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 11. En contra, ATARD, quien afirma que el artículo 35 LH crea una presunción de existencia y posesión, *ob. cit.*, pág. 85, y BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: «La usucapición y el Registro de la Propiedad», *AAMN*, tomo III, 1946, pág. 283, donde dice que el artículo 35 presume la posesión. Últimamente, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ parece inclinarse por la tesis de que el Registro presume la posesión, ya que afirma que «el titular inscrito, a tenor del artículo 35 LH, se presume que posee», aunque añade que ello constituye una presunción *iuris tantum* (pág. 477); sin embargo, parece existir una contradicción en su línea de pensamiento dado que más adelante (pág. 486) afirma que «no puede decirse que la legislación hipotecaria organice un sistema de adquisición tabular independiente del fenómeno posesorio... Dado que la inscripción registral no sustituye la posesión de los bienes inmuebles, la adquisición por usucapición se produce con independencia del Registro, sin perjuicio de la eficacia que produce en esta sede jurídica la propia presunción de posesión». Y digo que se manifiesta una contradicción porque dicho autor parte de la tesis de que la posesión, por una parte,

BRÉS, entiende que en este caso el artículo 35 LH presume la posesión, porque ello no es más que un desplazamiento a la teoría de la prescripción de los efectos de la posesión tabular del artículo 38 LH; pero creo que si se interpreta debidamente el artículo 38 LH, no puede llegarse a semejante conclusión, dado que dicho artículo establece la presunción de posesión porque antes ha establecido la de existencia del derecho y su pertenencia al titular inscrito. La presunción de existencia del derecho subsiste, porque es independiente de que el titular real; pero cuando dicho titular no lo es real, porque se trate de un simple poseedor *ad usucapionem* (aun cuando ésta se halle facilitada por el hecho de la inscripción), el derecho no le pertenece como titular, sino que pertenecerá a su titular real, que no aparece inscrito. Como consecuencia de ello, la presunción de pertenencia y la posesoria, consecuencia de la misma, no operarán. En conclusión, pues, *la presunción posesoria, que en realidad deriva de la presunción de pertenencia, unida a la de existencia, no podrá operar en favor de un titular registral al que la propia Ley considera poseedor ad usucapionem y consecuentemente deberá ser poseedor real si quiere llegar a adquirir el derecho* (67).

Los medios de que la Ley Hipotecaria se vale para facilitar la usucapión al titular registral son los siguientes:

1.º *Justo título*. El artículo 35 LH afirma que «los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción». Con respecto a este punto la doctrina se halla dividida en el sentido de que una parte de la misma entiende que la frase transcrita establece, no una presunción de justo título, sino que es una afirmación rotunda en el sentido de que la inscripción es por sí misma, justo título. A partir de la opinión en este sentido manifestada por PORCIOLES (68), muchos autores, ajustándose a la letra del artículo 35 LH siguen esta línea de pensamiento: así puede citarse a AZPIAZU, quien opina que el artículo 35 LH contiene una afirmación legal de existencia de justo título (69), basándose en una interpretación gramatical del precepto; COSSIO quien opina que «en virtud del principio de legitimación registral que a todo titular inscrito favorece, la inscripción

y el Registro, por otra, son dos sistemas casi antagónicos de publicidad de situaciones jurídicas reales y, en cambio, utiliza la presunción de posesión en la u.s.f., que, según propia afirmación, «es un fenómeno fundamentalmente extrarregistral que se produce por la posesión durante el tiempo determinado por la ley» (pág. 486).

(67) COSSIO dice que de la inscripción deriva una presunción posesoria que no es sino el desenvolvimiento concreto de la general establecida en el artículo 38 LH, *ob. cit.*, pág. 150.

(68) PORCIOLES Y COLOMER, José M.ª, *ob. cit.*, pág. 189, donde dice que a la inscripción se le concede el carácter de justo título.

(69) AZPIAZU, José: «Más sobre el tema 'la prescripción y el Registro'», *RCDI*, 1945, pág. 427.

es considerada justo título»; para LA RICA, la presunción de justo título es *iuris et de iure*, «porque la Ley contiene no una presunción, sino una afirmación: la inscripción en el Registro actúa siempre de justo título; suple a cualquier otro título mejor o peor, y únicamente será impugnabile en los casos de falsedad» (70); LACRUZ y SANCHO opinan que «el tenor absolutamente afirmativo de esta parte del precepto, sobre todo comparándolo con las presunciones de posesión pública, pacífica, etc., que le siguen, da a entender bien claramente que la inscripción no supone una presunción *iuris tantum* de título, sino que la inscripción misma del acto nulo es el título» (71); ROCA SASTRE opina que «la inscripción hace las veces de causa hábil o de justo título para la usucapción ordinaria». Es por sí sola «el sucedáneo del justo título requerido para este tipo de usucapción» siempre que el usucapiente figure como titular registral y que subsista la inscripción, entendiendo, además, que la norma del artículo 35 LH contiene un *dicere* (72). Aunque con una argumentación mucho más original, BADOSA COLL está en esta misma línea de pensamiento, puesto que entiende que «el título del artículo 35 funciona como si corrigiera las deficiencias del título material inscrito, aunque en realidad lo que hace es crear un nuevo título con virtualidad *per se* y autónoma» (73); también ALBALADEJO entiende que la inscripción es por sí misma justo título y no una mera presunción del título (74).

En contra de esta interpretación encontramos las siguientes argumentaciones: SANZ FERNÁNDEZ contrapone la declaración del artículo 1.954 del Código Civil en el que se afirma que el justo título no se presume nunca, a la afirmación del artículo 35 LH y considera que si se admitiese la interpretación que he resumido en el anterior párrafo, «se iría mucho más allá de los efectos de la legitimación registral, ya que... este efecto de la inscripción ni puede tener más alcance en nuestro sistema que el de ser una presunción de existencia de título, ni pasa de ser una simple presunción *iuris tantum*. Existe, pues, una contradicción entre el artículo 38 y el 35 que atribuye a primera vista este carácter a la inscripción». Interpretando el artículo 35 en sentido restrictivo, SANZ resuelve esta contradicción en favor del artículo 38, de modo que para este autor, el artículo 35 establece una presunción *iuris tantum* de

(70) DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios*, cit., pág. 99. Véase asimismo, en este sentido, DÍAZ GONZÁLEZ: *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1967, tomo I, págs. 177-178, y NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Dos acciones y un solo artículo», en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, tomo II, 1951, págs. 17-18.

(71) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 202.

(72) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, págs. 12-14. Véase asimismo PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 375.

(73) BADOSA COLL, *ob. cit.*, pág. 698.

(74) ALBALADEJO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 160 y sigs.

título, derogándose en favor del titular inscrito el artículo 1.954 del Código Civil (75); BÉRGAMO, después de decir que el artículo 35 confiere al asiento registral el carácter de causa jurídica de la posesión, parece contradecirse cuando afirma que «la ley, prescindiendo de si el usucapiente es un titular verdadero o un mero titular aparente, le protege con una presunción de existencia de título que desplaza la obligación de probar a su contradictor, pero si la impugnación de éste triunfa *in iudicio* dejará de funcionar la tutela de la apariencia, y el usucapiente privado de la *causa possessionis* deberá ceder ante el mejor derecho invocado por el opositor» (76); PEÑA pretende conciliar esta teoría con la expuesta por ROCA, diciendo que «sería justo título (formal) la inscripción; pero se presume *iuris tantum* la existencia de justo título (en sentido material) a los efectos de la usucapición por el hecho de estar inscrito el dominio en favor de una persona» (77). Pero quizá la opinión más fundamentada en favor de esta tesis de que el artículo 35 sienta sólo una presunción *iuris tantum* de título sea la de MORALES MORENO, cuyos argumentos voy a resumir (78): —en base a la consideración del justo título de la usucapición, dice MORALES que la inscripción no es en cuyos argumentos voy a resumir (78): En base a la consideración del título material, admitiéndose la equiparación de la inscripción al justo título, «se haría posible la usucapición ordinaria sin justo título» y que «en el caso en que el derecho referido al título sustantivo aparezca diversamente configurado que en la inscripción, la adquisición se producirá conforme a la inscripción, al margen de la voluntad de las partes». Contra estos argumentos puede decirse que admitiendo que la inscripción sea ella misma justo título, no se posibilita la usucapición ordinaria sin título, porque esta falta de título, que podría darse realmente, la sustituye la inscripción que, como dice BADOSA COLL, es un justo título por equivalencia.

Otro argumento utilizado por MORALES consiste en afirmar que el título de adquisición configura el concepto en que se posee el derecho que se adquirirá por usucapición, añadiendo que «caso de discordancia entre el contenido del verdadero título y el de la inscripción, surge la

(75) SANZ: *Estudios*, cit., págs. 532-533. Véase, en el mismo sentido y del mismo autor, la obra: «La reforma de la Ley Hipotecaria», RDP, 1945, pág. 22, donde admite que esta presunción admite prueba en contrario, aunque en nota añade que normalmente no cabrá prueba en contrario, salvo de falsedad, puesto que la inscripción no puede hacerse sin título.

(76) BÉRGAMO LLABRÉS: *La usucapición*, cit., págs. 282-283.

(77) PEÑA: «Comentario a la sentencia de 5 de abril de 1961», ADC, XV, 1962, págs. 799-800. En el mismo sentido, CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo I, Madrid, 1967, págs. 300-301.

(78) MORALES MORENO, Antonio: «La inscripción y el justo título de usucapición», ADC, 1971, págs. 1129 y sigs.

cuestión de si el concepto posesorio debe entenderse configurado por el Registro o por el título sustantivo. Esta cuestión es importante, pues de afirmarse que el título material predetermina la configuración del concepto posesorio, aducida la inscripción como justo título, no podría producirse en base a ella, la usucapción ordinaria, por discordancia entre el justo título alegado y el concepto en que se ha poseído». Creo que este argumento tampoco resulta válido por cuanto, al no presumir el Registro en este caso, como he dicho antes, la posesión, al revés de lo que ocurre con la presunción posesoria del artículo 38 LH, el concepto posesorio lo van a proporcionar los actos del propio poseedor, con independencia del título que tenga inscrito.

Añade MORALES que «la plena equiparación de la inscripción al justo título puede implicar, transcurrido el tiempo de la usupación ordinaria, una protección definitiva al titular registral en parte derivada abstractamente de la inscripción». Lo cual tampoco es absolutamente cierto, por cuanto que en este caso no se produce una usucapción meramente tabular, sino que la Ley se limita a facilitarla con los medios del artículo 35. Una nueva opinión sobre el significado de la expresión del artículo 35 LH la proporciona ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, para quien la inscripción no es justo título y tampoco constituye una presunción de tal, sino que será prueba suficiente de la existencia del necesario justo título (79).

En cuanto al Tribunal Supremo hay que decir que la Jurisprudencia no ha mantenido una línea unitaria en esta cuestión. En la sentencia de 5 de abril de 1961 se dice que «el hecho de aparecer registralmente inscrito a nombre de otra persona distinta la propiedad no envuelve justo título para usucapir, existiendo solamente una presunción *iuris tantum* a su favor, de verdad, que cede al producirse colisión entre la real y la registral, por la prueba en contrario»; la sentencia de 4 de octubre de 1969 distingue entre lo establecido en el artículo 33 LH y el artículo 35 diciendo que «a no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque parcial, contradicción, entre lo dispuesto en los artículos 33 y 35 LH, se ha de estimar que cada uno se refiere a actos o contratos diferentes; y así: el artículo 33, al establecer que la inscripción no convalida los que sean nulos con arreglo a las leyes, se ciñe a los negocios jurídicos, afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarles un elemento esencial (inexistencia) ya porque a su viabilidad jurídica se opone la misma ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente suscepti-

(79) ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *ob. cit.*, pág. 486.

bles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas de legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical»; también parece manifestarse en un sentido parecido la de 13 de mayo de 1970. Por último, la sentencia de 26 de noviembre de 1970 parece acoger la tesis de Poca Sastre cuando dice que «la usucapión que se invoca es la ordinaria o decenal, para la que el artículo 1.940 del Código Civil requiere indudablemente que se trate de una posesión a lo largo de aquel tiempo, de buena fe y con justo título, posesión que según se añade en el artículo 1.941 habrá de ser en concepto de dueño, pública pacífica y no interrumpida, a efectos de todo lo cual el artículo 35 LH preceptúa que la inscripción *será* justo título...».

Después de exponer la opinión de la doctrina sobre este tema, la conclusión a que debe llegarse es la siguiente: *la inscripción por sí misma no constituye título*. Ello se refleja en varios artículos de la legislación hipotecaria como el propio artículo 41 LH, el artículo 131 que exige que en el procedimiento judicial sumario se aporte el título o títulos de crédito, el propio artículo 33, cuando establece que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos e incluso la propia adquisición *a non domino* del artículo 34 en la que el título de adquisición del derecho real correspondiente es la ley (véase el artículo 609 del Código Civil), no la inscripción. Así hay que concluir en principio, que *en el artículo 35 la inscripción no es justo título para usucapir porque respeta los títulos aportados por el derecho civil puro*. En este punto tiene razón BADOSA COLL cuando dice que el artículo 35 «crea un título con una virtualidad extraordinariamente reducida: la de serlo sólo *para* la usucapión. Lo que significa que en ningún caso puede suplir la ineficacia de un título inscrito» (80). Ello es absolutamente cierto, porque si no fuera así el artículo 35 LH estaría en contradicción con el artículo 33, por cuanto convalidaría la nulidad de los títulos materiales nulos, atribuyéndoles un efecto que sería el de hacerlos aptos para la usucapión ordinaria. Ahora bien, *aunque el artículo 35 no convalida el título inválido, suple su ineptitud para actuar de justo título de la usucapión; así, presupuesta la existencia de un título civil aunque no sirva para la usucapión, el artículo 35 entiende que es un título apto para usucapir en virtud de la inscripción*; así diremos que la inscripción por sí misma no es justo título, aunque basándose en el título extrahipotecario, lo hace apto para la usucapión ordinaria. El artículo 35 sólo hace aplicar el artículo 1.940 del Código Civil, que exige el justo título para la usucapión ordinaria y añade una nueva explicación al artículo 1.952

(80) BADOSA COLL, *ob. cit.*, nota 64.

del Código Civil: en el sentido de que exigiendo el artículo 1.940 un justo título y no siéndolo el inscrito, la inscripción lo convierte en justo título para la usucapión; no se trata de que el artículo 35 LH modifique el contenido del artículo 1.940 del Código Civil, como dice BADOSA, sino que al que realmente modifica es al artículo 1.952, ya que hace que justo título sea, no aquel que baste legalmente para transferir el dominio, sino aquel constituido por la inscripción, por lo que el justo título no será sólo el que establece el artículo 1.952 del Código Civil, sino además el del artículo 35 LH. Esta explicación no contradice lo establecido en el artículo 1.954 del Código Civil, puesto que si se dice que por la inscripción lo que ocurre es que se presume el justo título, resultaría que el artículo 1.954 del Código Civil quedaría derogado para la u. s. t.; en cambio, de esta forma es muy fácil probar la existencia de título. Por ello es rechazable la tesis de SANZ de que la inscripción podría actuar como presunción de existencia de título material inscrito, porque, como dice BADOSA, una cosa es el título inexistente y otra el título ineficaz y lo que hace el artículo 35 es precisamente corregir las deficiencias del título material inscrito.

¿Cuáles son los títulos aptos para la usucapión? En este punto debemos remitirnos al derecho material y no al derecho hipotecario. Por ello debe aplicarse el artículo 1.952 del Código Civil y entender que los únicos títulos aptos para usucapir son aquellos en lo que el enajenante carece de poder de disposición, ya que el título nulo no puede producir efectos (salvo en el caso de inscripción del artículo 35) y los títulos anulables, rescindibles, o revocables transmiten ya el dominio, sin necesidad de esperar a la usucapión (81). Ahora bien, parece que en virtud del artículo 35 LH incluso en aquellos supuestos en que se inscriba un título inexistente, éste será justo título para usucapir, porque esta aptitud no se la dará el título, sino lo dispuesto en el artículo 35.

El artículo 35 LH habla siempre de inscripción, lo cual supone que existe un título anterior inscrito, del que el usucapiente trae causa, pero debemos plantearnos si dicho artículo opera igual cuando se trata de un título que entra en el Registro a través de la *inmatriculación* de la finca. El artículo 201 LH permite la inmatriculación de una finca a través del expediente de dominio, que actúa como documento en aquellos casos en que no exista el título público. El expediente de dominio es el título para la inmatriculación, no el título del dominio, como demuestra claramente el artículo 274 RH, cuando exige «la reseña del título o manifestación de carecer del mismo». Ha de existir un título civil, aunque el artículo 274 RH se está refiriendo al título como do-

(81) Así no tiene razón la sentencia de 4 de octubre de 1969.

cumento. Puede ocurrir que se produzca una inversión del concepto posesorio, o sea que el poseedor natural pase a poseer como dueño, provocando, por tanto, un cambio en el concepto; pero hay que decir que esta inversión debe tener lugar antes de la incoación del expediente de dominio, ya que precisamente por poseer como dueño, puede el poseedor instar dicho expediente; cuando se haya producido la inmatriculación, el que ya es titular registral pasa a usucapir s. t., por aplicación del artículo 35 LH, sin que obste a ello el artículo 207 LH, ya que si bien dicho artículo suspende la eficacia de las inscripciones de inmatriculación durante dos años, circunscribe esta suspensión frente a los terceros, pero el verdadero dueño y el usucapiente que inmatricula no son terceros entre sí, sino partes en un mismo proceso.

En relación a la cuestión de la inmatriculación debe plantearse un nuevo tema: ¿qué ocurre si el titular estaba usucapiendo antes de haberse producido la inmatriculación sin que se tenga un justo título para poseer? Creo que la inmatriculación, al provocar una inscripción, comporta la aplicación del artículo 35 LH y, por tanto, convertirá la primitiva usucapición extraordinaria en ordinaria, aunque el tiempo que ha estado poseyendo se contabiliza.

El tema del justo título es indiferente para el derecho civil catalán, porque el artículo 342 Comp. cat. establece que la usucapición tendrá lugar «por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe». Ello plantea el problema de determinar el punto de conexión cuando exista un conflicto de derecho interregional: la usucapición, situación de mero hecho que se basa en la relación del usucapiente con el inmueble, debe regularse por la regla primera del artículo 10 del Código Civil, no tanto porque se trate de un derecho sobre un inmueble, porque el derecho no existe en cabeza del usucapiente hasta tanto no haya consumado la usucapición, sino por tratarse de la posesión *ad usucapionem*. Por tanto, la usucapición de un inmueble sito en Cataluña se regirá por lo establecido en el artículo 342 Comp. cat., sin que sea relevante a estos efectos el que las partes de este proceso sean o no catalanas.

2.º *Presunción de ciertos caracteres de la posesión necesarios para usucapir.* Es decir, de los caracteres de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe. El artículo 35 LH no presume la posesión, requiriéndose la posesión efectiva para que pueda producirse la usucapición; ahora bien, supuesta la existencia de esta posesión, la Ley Hipotecaria presume los caracteres que la hacen apta para la usucapición ordinaria, exigidos en los artículos 1.940-41 del Código Civil.

a) *Carácter público de la posesión.* En cuanto a la publicidad, la inscripción supone la exclusión en la u. s. t. del artículo 444 del Código

Civil. Esta disposición viene a demostrar la no aplicación de la presunción posesoria del artículo 38 LH a la u.s.t., porque por el hecho de tener inscrito el derecho y presumirse, en consecuencia, la posesión, se debería entender, a renglón seguido, que ésta es pública, puesto que éste es uno de los fines principales de la publicidad registral. Pero ello no es así por ser la posesión un hecho, completamente desligado del Registro.

b) *Carácter pacífico de la posesión.* Aun cuando puede haber ocurrido que el origen de la posesión del usucapiente no sea pacífico (piénsese en el supuesto de inversión unilateral, del que ya hemos hablado), el hecho de que exista la inscripción hace que la posesión se presuma pacífica. No que lo sea, puesto que la redacción del artículo 35 LH no permite deducir que la inscripción purifique los vicios de la posesión. Lo que realmente hace el artículo 35 LH es desplazar la carga de la prueba en cuanto que corresponderá al contradictor probar que dicha posesión no fue pacífica en su origen y que no continúa siéndolo (82).

c) *Carácter ininterrumpido de la posesión,* es decir, que se considera continuada, mientras del Registro no se deduzca lo contrario. En este punto la dificultad estriba en relacionar los distintos medios de interrupción de la posesión y su incidencia en el Registro.

Según la teoría clásica española, recogida en el artículo 1.943 del Código Civil, la posesión puede interrumpirse de forma natural y de forma civil. Existe interrupción natural cuando afecta a la tenencia, es decir, cuando se abandona la cosa o cuando se pierde la posesión por intervención de un tercero; existe interrupción civil cuando afecta al concepto posesorio. El problema radica en relacionar estos conceptos con el Registro: Con respecto a la *interrupción natural*, si al abandono del inmueble no sigue la rectificación del Registro (cosa, por otra parte, difícil), éste seguirá presumiendo la no interrupción, debiendo probar el contradictor que la posesión se ha interrumpido o incluso desaparecido; si lo que ha ocurrido es la ocupación por un tercero de la finca usucapida, comenzando a poseer con ánimo de dueño, esto tampoco podrá reflejarse en el Registro porque el tercero no tendrá un título apto para ser inscrito.

En el supuesto de la *interrupción civil*, si se produce a través de un procedimiento judicial, interrumpe la posesión *ad usucapionem* y podrá tener una constancia registral a través de la anotación preventiva de demanda, pero, como dice ROCA SASTRE (83), no porque dicha anotación produzca la interrupción, sino porque ha tenido lugar una de las

(82) MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, cit., págs. 165 y sigs., para el estudio de los caracteres de la posesión que conduce a la usucapión.

(83) ROCA SASTRE, ob. cit., tomo II, págs. 18-19.

causas del artículo 1.945 del Código Civil, que tiene un reflejo registral; lo que ocurre es que en este caso es posible el reflejo registral de la causa de interrupción civil, pudiendo decirse que la anotación preventiva lo que hace es desvirtuar la presunción de no interrupción del artículo 35 LH. Otra de las causas consideradas como de interrupción civil es la consistente en que el propio usucapiente renuncie a la prescripción ganada o que invierta el concepto posesorio, reconociendo el dominio en cabeza del verdadero dueño; la renuncia a la prescripción ganada, posible de acuerdo con el artículo 1.935 del Código Civil puede hacerse por medio de escritura pública que puede ser inscrita, desvirtuando así una de las presunciones del artículo 35 LH; el reconocimiento del derecho del verdadero dueño supone, por una parte, la renuncia al tiempo que se ha estado poseyendo y por otra, la imposibilidad de seguir prescribiendo porque se ha perdido el concepto de dueño; puede hacerse rectificar el Registro en este caso, estableciendo la verdadera titularidad, pero si no se hace así, el usucapiente que ha dejado de serlo no podrá alegar en su favor el juego de las presunciones del artículo 35 LH, porque, por una parte, la faltará el ánimo de dueño y, por otra, faltaría la buena fe, con lo que cualquier alegación en este sentido iría contra la doctrina de los propios actos.

d) *Carácter de buena fe en la posesión.* La presunción de buena fe en el usucapiente inscrito, establecida en el artículo 35 LH viene a reforzar las presunciones de los artículos 434 y 1.951 del Código Civil. En realidad, al no presumir la posesión, no pueden presumirse sus caracteres, por lo que el artículo 35 debe establecer esta presunción. La presunción de buena fe del artículo 35 LH tiene una especialidad notable, ya que se la extiende a todos los antecesores de los que traiga causa el usucapiente s. t., cosa que no ocurre en el régimen normal del Código Civil, como lo demuestra el artículo 442. De todos modos, creo que esta extensión que hace el artículo 35 LH resultará en la práctica bastante inoperante, porque si se adquiere a título oneroso de quien está poseyendo s. t. (84), el adquirente tiene muchas posibilidades de ser tercero hipotecario; en consecuencia, se aplicará sólo el artículo 35 LH cuando se trate de unión de posesiones entre el titular inscrito y el usucapiente en el caso de que éste haya adquirido en virtud de una sucesión hereditaria o a título gratuito.

e) *No presunción del concepto de dueño.* El artículo 35 LH no presume el concepto de dueño, ya que al no poder aplicar la disposición

(84) Y lo más fácil es que en el Registro aparezca como titular, debido a la imposibilidad de inscribir la posesión. El usucapiente inscribe un título, no la posesión, por lo que puede aparecer como persona con facultades para transmitir, de acuerdo con el artículo 34 LH.

del artículo 38 LH, resulta todavía más evidente. Pero, ¿podemos entender que el hecho de que alguien inscriba su título supone una presunción de hecho de que se posee con ánimo de dueño? Es decir, se trataría de aplicar al hecho de la inscripción la doctrina de los propios actos, deduciendo del acto de enviar al Registro un título (inválido para transmitir el dominio, pero apto para la usucapición), una presunción de existencia de ánimo de dueño, que vendría corroborada por lo que se establece en el artículo 1.253 del Código Civil. De todos modos, si afirmamos esto lo hacemos para facilitar al usucapiente la prueba de un hecho psicológico, que sólo podría demostrarse de forma efectiva probando el carácter de los actos materiales que el poseedor ha estado efectuando sobre el inmueble (85).

3.º *Requisitos de la u. s. t.* Según ROCA SASTRE (86), los requisitos que se necesitan para que opere la u. s. t. son los siguientes:

a) *Confluir en la misma persona las cualidades de titular registral y poseedor efectivo.* Ello es así, porque en caso contrario, no podría operar el mecanismo de la u. s. t., porque, como he dicho, no se da al margen de la realidad, sino que es auxiliada por el Registro cuando se dan los presupuestos a que me he referido antes.

b) *Que la inscripción sea de dominio o de derecho real susceptible de posesión.* Este requisito debe ser matizado, ya que existen derechos reales que se pueden adquirir por prescripción y, en cambio no comportan posesión de la cosa, como ocurre con las servidumbres continuas y aparentes, según se dice en el artículo 537 del Código Civil. En la servidumbre no se posee la cosa, sino que únicamente se posee el derecho, por lo que el usucapiente no tiene ninguna relación efectiva con la cosa. Si a ello unimos que, según el artículo 343 Comp. cat., pueden adquirirse por usucapición en Cataluña, las servidumbres negativas y no aparentes y las discontinuas (87), debe llegarse a la conclusión de que cuando un título constitutivo de un derecho real de servidumbre adolezca de algún defecto y, por tanto, no sea apto para constituir o transmitir el derecho de que se trate, se inscriba en el Registro, será posible la adquisición por medio de u. s. t. de tal derecho, aunque no se posea materialmente el inmueble sobre el que recaiga.

c) *El titular debe haber adquirido de un non dominus, sin estar protegido por la fe pública registral.* Este requisito exigido por ROCA, no es exacto de modo absoluto; si bien es posible que la u. s. t. esté pen-

(85) Véase la sentencia de 22 de junio de 1972.

(86) ROCA SASTRE, *ob. y lugar cit.*, pág. 16.

(87) Véase asimismo la Ley 397 de la Compilación de Navarra y los artículos 147 y 148 de la Compilación aragonesa.

sada para el caso de que inscriba un tercero no protegido (bien porque no haya adquirido a título oneroso o porque no reúna alguno de los requisitos del art. 34 LH) no es un requisito indispensable para que opere el artículo 35. La sentencia de 13 de mayo de 1970, recogiendo al parecer la doctrina de Roca, dice que «por imperativos de la misma naturaleza de la Ley hipotecaria española y del alcance concreto de los artículos que aquí entran en juego más directamente, la presunción contenida en el artículo 35 tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien como el actual recurrido, fue parte en el contrato que provocó la inscripción cuyas circunstancias y contenido no sólo conocía, sino que—daba su condición de comprador—contribuyó a plasmar en la escritura pública que a continuación inscribió en el Registro». También parece recoger una doctrina parecida la sentencia de 4 de octubre de 1969.

La sentencia de 1970 parece confundir el que exista o no buena fe, con el problema de la titularidad inscrita. La u. s. t. protege, como dice ALBALADEJO (88) al titular inscrito, con independencia de que sea o no tercero; ya he expuesto mi opinión de que el artículo 35 LH protege al que inmatricula la finca por primera vez. Es posible que el usucapiente s. t. sea tercero no protegido por la fe pública registral; en este caso, el artículo 35 LH tiene una razón de ser; pero también la tiene cuando el usucapiente no ostenta la condición de tercero, porque el artículo 35 LH sólo exige que se trate de titular inscrito y el que inmatricula lo es. Si éste no reúne a su vez, la cualidad de poseedor de buena fe, la usucapición, que era ordinaria, pasará a ser extraordinaria porque fallará uno de los presupuestos exigidos por la propia estructura de la usucapición ordinaria, pero seguirá siendo usucapiente s. t.

4.º *Efectos de la u. s. t. a) El artículo 35 LH facilita la usucapición ordinaria.* Al proporcionar al titular inscrito un título apto para usucapir y presumir la buena fe, puede deducirse en principio que según el Registro, sólo puede existir usucapición ordinaria. Pero, en realidad, la usucapición es un instituto de derecho civil que no se modifica para nada con la promulgación de la Ley hipotecaria en sus normas materiales, por lo que hay que decir que el artículo 35 LH está redactado pensando exclusivamente en el artículo 1.940 del Código Civil sin tener para nada en cuenta las disposiciones de los distintos derechos nacionales sobre la materia. En efecto, el *Usatge Omnes causae*, vigente en Cataluña en el momento de redactarse el artículo 35 LH y plasmado en el artículo 342 Comp. cat. no exige justo título ni buena fe para la adquisición, por usu-

(88) ALBALADEJO GARCÍA, *ob. cit.*, nota 86 bis de la pág. 160.

capión, de un derecho real sobre inmuebles; por ello he dicho antes que el artículo 35 LH quedaba desprovisto casi de contenido cuando se pone en contacto con el derecho catalán, porque es indiferente que el poseedor *ad usucapionem* de un derecho real sobre un inmueble situado en Cataluña posea con justo título y buena fe o no, ya que la existencia de estos dos requisitos no acortarán el plazo de prescripción, que seguirá siendo de treinta años; la Ley Hipotecaria únicamente proporcionará a dicho usucapiente las presunciones de posesión pública, pacífica y no interrumpida. En cambio, sí favorece la usucapión ordinaria del titular de finca situada en Navarra, de acuerdo con los requisitos de la Ley 359 CDCFN.

b) *Cómputo del tiempo.* De la redacción del artículo 35 LH se deduce que el tiempo necesario para consumir la usucapión deberá contarse a partir de la vigencia del asiento, pero puede ocurrir que el titular inscrito haya venido poseyendo desde un tiempo anterior (piénsese en el heredero que no inscribe hasta pasado un largo tiempo, el heredero que inmatricula y que continúa en la posesión de su causante, el comprador que tarda en inscribir, etc.). ¿Es que en este caso debe contarse el tiempo de la usucapión, como dice ROCA SASTRE, desde el momento de la vigencia del asiento o la frase «vigencia del asiento» se refiere sólo a la vigencia de las presunciones del artículo 35 LH? Para un supuesto parecido, los comentaristas de la primitiva Ley hipotecaria entendieron que el tiempo de la prescripción entre las partes debía contarse con arreglo a la legislación común (89). Creo que la frase del artículo 35 LH «durante el tiempo de vigencia del asiento» se refiere a que el juego de las presunciones y la atribución del justo título sólo puede producir efectos *desde el momento de la inscripción*, pero no quiere decir que el tiempo para la prescripción deba contarse a partir del mismo, porque la usucapión debe regirse por las normas materiales contenidas en el Código y *aunque el usucapiente inscriba su título y pase a usucapir s. t., no por esto pierde la usucapión los caracteres que tenía antes de la inscripción*, de modo que si era usucapión ordinaria, seguirá siéndolo y lo mismo si se trataba de usucapión extraordinaria. La inscripción no modifica los caracteres que ya tenía la posesión *ad usucapionem*; de todos modos, si se trataba de una posesión sin título que logra inscribirse (o con un título nulo no apto para usucapir), en este supuesto habría una verdadera conversión en otro tipo de usucapión.

Con relación al tiempo, pues, puede concluirse que *cundo el titular hubiese comenzado a usucapir antes de haber efectuado la inscrip-*

(89) Véase PANTOJA Y LLORET, *ob. cit.*, tomo II, pág. 286; GALINDO Y ESCOSURA, *ob. cit.*, tomo IV, pág. 730, y CALDERÓN NEIRA, *ob. cit.*, págs. 100-101.

ción, el tiempo deberá computarse a partir del momento en que realmente empezó a poseer, puesto que de otro modo, la inscripción produciría una interrupción no prevista en la Ley y, como según la mayoría de los autores, las causas de interrupción son de orden público, no admitiéndose más que las que están expresamente previstas, no cabe admitir este supuesto. Pero puede ocurrir que con la inscripción se haya provocado una inversión del concepto posesorio; en este caso, si no se poseía con ánimo de dueño antes, no se habría podido usucapir, por lo que el tiempo para la usucapición debe contarse entonces a partir de la vigencia del asiento, pero en general, debe decirse que el tiempo para usucapir se cuenta con independencia del momento de la inscripción y la frase del artículo 35 LH debe entenderse en el sentido de que la vigencia de las presunciones y de la atribución de título deberá contratarse a partir de la del asiento de inscripción.

B) *La Usucapición contra tabulas.*

La admisión de la posibilidad de que la usucapición perjudicara al titular registral fue una de las innovaciones más importantes de la Ley hipotecaria de 1944. La Exposición de motivos, que recogía sustancialmente la sistemática de PORCIOLES (90) distingue entre que la prescripción se produzca *inter partes* o frente a terceros, aunque ya veremos cómo la Ley Hipotecaria utiliza este concepto de una forma no acorde con sus propios postulados.

El vigente artículo 36 LH deroga el artículo 1.949 del Código Civil porque su regulación es perfectamente incompatible. El artículo 1.949 del Código Civil tiene su precedente directo en el artículo 1.946, 2.º del Proyecto de 1851, que decía que «contra un título inscrito en el Registro público, no tendrá lugar la prescripción de que se trata en este artículo, sino a virtud de otro título igualmente inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo». Según GARCÍA GOYENA, este párrafo provenía del artículo 511 del Código prusiano y constituía una concesión al sistema hipotecario que preveía el propio proyecto. En efecto, los proyectos de distintas leyes hipotecarias que se fueron sucediendo a lo largo del siglo XIX preveían que la inscripción debía ser constitutiva: la base 52 del proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión general de Códigos en 1843 decía que «para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida

(90) PORCIOLES, *ob. cit.*, págs. 189-190.

transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código Civil». El Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del Registro, redactados por CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA en 1848, reflejaba la tesis sostenida por este autor cuando en el artículo 57 decía que «no se hará ninguna inscripción cuando los bienes a que se refiere no se hallen inscritos con anterioridad como propiedad de la persona por quien se haya otorgado el título que se presenta, o a cuyo cargo aparezca el derecho que se pretenda inscribir». La opinión de LUZURIAGA era absolutamente contraria a la de GARCÍA GOYENA, expresada en su comentario al artículo 548 del Proyecto de 1851, pero los artículos 1.826 y 1.858 de dicho Proyecto, que correspondían a la materia registral, establecieron que «todo acto entre vivos de mutación o traslación de propiedad de bienes inmuebles como donación, venta permuta, partición, transacción o cualquier otro se *inscribirá* en el Registro público» (art. 1.826), estableciéndose en el artículo 1.858 el efecto que la inscripción produciría frente a terceros. Los comentarios a estos artículos los efectuó ANTÓN DE LUZURIAGA quien señala los dos sistemas de inscripción vigentes en aquel momento (francés y prusiano), diciendo que, si bien el Consejo de Estado se inclinaba más por el sistema tipo francés, él considera que debe tenerse en cuenta que este sistema «hace la propiedad vacilante y el crédito inseguro, porque no es fácil saber si un vendedor había ya enajenado sus fincas cuando se trata de venderlas u obligarlas nuevamente».

El sistema parecía, pues, inclinarse por la necesidad de que la propiedad inmueble se inscribiese, a los efectos de dotar de una mayor seguridad el tráfico jurídico sobre bienes inmuebles. De todos modos, esta idea no se refleja en la Ley Hipotecaria de 1861. Con relación a la usucapión el artículo 35 LH de 1861 hace decir a PANTOJA Y LLORET que, a partir de la vigencia de la Ley Hipotecaria, sería necesario usuque, a partir de la vigencia de la Ley Hipotecaria, sería necesario para usutítulo inscrito (91). El artículo 1.949 del Código Civil respondía a un sistema en el que era posible la inscripción de posesión (92), a lo que también respondía el artículo 35 LH de 1.909 (92 bis), pero suprimida

(91) PANTOJA Y LLORET, *ob. cit.*, tomo II, pág. 284.

(92) El artículo 1.949 del Código Civil se redacta estando vigente el artículo 35 LH de 1869, que decía lo siguiente: «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción comenzará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble que se está prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.»

(92 bis) El artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861 era ligeramente diferente del de la de 1869; cambiaba sustancialmente el primer párrafo, que decía: «la

la posibilidad de inscribir la posesión, la Ley Hipotecaria de 1944 debía tomar partido por una de estas dos opciones: o bien no admitir la posibilidad de que se produzca una usucapión contra el título inscrito, o bien admitirla, en cuyo caso debía regular la incidencia que ello tendría en el sistema registral.

Para el estudio de este problema hay que partir de la base que la usucapión es uno de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales recogida en el artículo 609 del Código Civil que, por no basarse en más título que la posesión continuada, es imposible se refleje en el Registro; porque se basa en la transformación de una situación de puro hecho en un verdadero derecho; como en el Registro no tienen entrada los hechos, sino sólo derechos (ver los artículos 2 y 5 LH), es imposible que el proceso que conduce a la usucapión tenga un reflejo registral (salvo el caso del artículo 35 LH). Por todas estas razones, los diversos autores habían entendido que contra el Registro sólo podía darse la usucapión ordinaria, lo cual era lógico, teniendo en cuenta que se exigía bien la inscripción de la posesión (artículo 35 LH de 1909), bien la inscripción del justo título (art. 1.949 del Código Civil), pero al publicarse el artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, resulta perfectamente incompatible con el artículo 1.949 del Código Civil, por lo que éste último debe considerarse derogado (93), debiendo llegarse a la conclusión de que contra el Registro pueden producirse tanto la usucapión ordinaria como la extraordinaria.

La Ley Hipotecaria no deroga, pues, el artículo 609 del Código Civil, en cuanto admite sin distinción, como modo de adquirir la propiedad, la prescripción. Y digo, sin distinción porque no puede hacerse ninguna discriminación entre inmuebles inmatriculados y no inmatriculados. La Ley Hipotecaria no modifica en absoluto el número de modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil, por lo que debe admitirse la usucapión de inmuebles inmatriculados como perfectamente posible (94).

El artículo 36 LH contempla dos situaciones distintas: 1.^a La usucapión que se produce contra el titular inscrito; 2.^a la que se produce frente a tercer adquirente de este titular, que reúna las condiciones del artículo 34 LH.

prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el Registro», no constando para nada ninguna referencia a la inscripción de posesión. En cuanto a la Ley Hipotecaria de 1909, el artículo 35 era exacto al de la Ley de 1869, que se transcribe en la nota anterior.

(93) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 43.

(94) Como dice ROCA, aunque con otras palabras, cuando admite que los bienes inmatriculados o inscritos son susceptibles de ser adquiridos por usucapión. Ver *ob. cit.*, tomo II, págs. 21 y sigs. VILLARES PICÓ, en «La posesión y el Registro». *RCDI*, 1947, pág. 423, critica este artículo por considerarlo asistemático.

1.^a *Usucapión que se produce frente al titular inscrito.* El artículo 36 LH dice que en relación al que prescribe y al dueño contra el que se está prescribiendo y a sus causahabientes que no tengan la consideración de terceros, se aplicará la legislación civil. Es decir, que la usucapión es un proceso que actúa en este caso completamente al margen del Registro y que, *inter partes*, rige el Código Civil. Pero *rige íntegramente*, lo que lleva a aclarar algunos extremos.

a) Dado que la Ley Hipotecaria se remite íntegramente al Derecho Civil para la regulación de las relaciones entre propietario y usucapiente, la primera cuestión que debe plantearse es la de resolver *si puede o no producirse usucapión ordinaria frente a un titular registral*. La doctrina manifiesta opiniones contrarias en este caso: según la opinión de algunos autores, no puede darse prescripción ordinaria frente al registro. Así AZPIAZU, basándose en el artículo 35 de la LH de 1909 y en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1910, 29 de octubre de 1915 y 20 de octubre de 1941, dice que, si bien es cierto que el artículo 36 LH no distingue, podría entenderse que se refiere tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria, pero añade que este artículo no está sólo en la Ley y que quedaría en entredicho el sistema hipotecario, con el artículo 38 como máximo exponente de legitimación. «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 demuestre lo contrario, esto 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 estos cacareados pronunciamientos registrales» (95).

LA RICA considera que ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria contienen normas que permitan resolver el problema, porque la buena fe es una cuestión de hecho y traza un paralelismo entre el que adquiere del titular inscrito, al que se le exige el deber mínimo de diligencia y el usucapiente, al que exige también la diligencia de un buen padre de familia, diligencia que equipara con el conocimiento del estado registral de la finca, añadiendo que «si la posesión exterioriza un derecho ajeno, los asientos del Registro exteriorizan o publican el dominio del titular. Si quien inscribe en el Registro para vencer al usucapiente, ha de ignorar la posesión a título de dueño por parte de éste y ha de de-

(95) AZPIAZU, José: «¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?», *RCDI*, 1946, págs. 736-737. Ver asimismo PORCIOLES, *ob. cit.*, págs. 184-185.

mostrar que no ha podido conocerla, por la misma razón el usucapiente ordinario, para vencer al título inscrito, debe ignorar y debe no haber podido conocer que el Registro legitimaba el dominio a favor de persona distinta de aquella de quien trae causa», citando en su apoyo una sentencia de 26 de diciembre de 1910 (96).

Por un razonamiento indirecto, llega a una conclusión parecida VILLARES PICÓ, quien entiende que la buena fe del poseedor deja de serlo en cuanto existe un acto, que puede ser la inscripción u otro cualquiera, que acredite que el poseedor no ignora que posee indebidamente; y sabe que posee indebidamente al conocer la inscripción del tercero; añade que «el poseedor pierde los efectos de la buena fe si surge una inscripción a nombre de tercero antes de ser consumada la usucapición ordinaria y todo ello sin necesidad de fundarse en los efectos de la Ley Hipotecaria, excepto aquellos que hacen público el Registro, sino que es de conformidad con el Código Civil» (97).

En contra de la negativa a admitir la usucapición ordinaria frente a titular inscrito se encuentran otros autores, entre los que podemos citar a SOLS, que admite la posibilidad de usucapir de forma ordinaria contra el Registro (98), con lo que indirectamente, admite la posibilidad de que en este caso exista buena fe frente a una inscripción. SANZ, en contra de la opinión de PORCIOLES, considera que es difícil admitir que no pueda darse buena fe contra el Registro, basando su opinión en los siguientes razonamientos: «1.º Es incompatible con el concepto de buena fe (arts. 433 y 1.950 del Código Civil); 2.º Es asimismo incompatible con el carácter puramente declarativo de la inscripción en nuestro derecho; 3.º Olvida que para adquirir el dominio basta el contrato y la tradición (art. 609 del Código Civil); 4.º Se desentiende de la posibilidad de inexactitud registral; 5.º 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 y casi siempre lo contrario» y más adelante es consecuente con su exposición, admitiendo la posibilidad de usucapir de forma ordinaria frente al Registro (99).

(96) DE LA RICA Y ARENAL: *La buena fe*, cit., pág. 558.

(97) VILLARES PICÓ, *ob. cit.*, pág. 426, aunque en la página 434 admite la posibilidad de usucapición ordinaria y usucapición extraordinaria.

(98) SOLS: «Prescripción contra el Registro», *ADC*, II, 1949, pág. 133.

(99) SANZ: *Instituciones*, cit., pág. 548, nota 55, y págs. 547 y sigs., aunque se contradice con otras opiniones expresadas anteriormente. AZPIAZU, en *A manera de réplica*, cit., pág. 18, admite que pueda darse la buena fe contra el Registro; lo que no admite es que esta buena fe contra la institución registral pueda aprovechar al que la tiene, basándolo en que si bien es posible la ignorancia de las leyes, sin embargo, no puede aprovechar al ignorante. Admite asimismo la buena

Indirectamente parecen admitir la buena fe contra el Registro, porque admiten la usucapión ordinaria en contra, COSSÍO (100), BÉRGAMO (101) y ROCA SASTRE. Este último admite la posibilidad de que se produzca la usucapión ordinaria en base a que el artículo 36 LH proclama que entre usucapiente y usucapido rigen las normas civiles, además de que el propio artículo 36 LH no distingue entre los diversos tipos de usucapión, añadiendo dos razones, que a mi modo de ver, son de verdadero peso: por una parte, porque «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, de modo que en su buena fe sólo cabe ver un estado de creencia, que sólo puede quedar desvirtuado por el conocimiento efectivo de que el dueño de la finca usucapida no es él, sino otro, conocimiento éste que puede obtener por cualquier medio» y el segundo argumento, que refuerza esta afirmación es el de que «a lo sumo la cognoscibilidad legal opera estrictamente a los efectos del juego de afección de cualquier gravamen, carga o limitación registradas, o de la fe pública registral, a fin de privarse de los beneficios de su protección a los que pretendan aprovecharse de ella, cuando ésta actúa en principio al margen del Registro, por su índole extrarregistral» (102).

Creo que a estas razones, que hago plenamente mías, pueden añadirse otras: en efecto, de la comparación de dos sistemas de publicidad afines, como son los del Registro de la propiedad y el Registro mercantil, pueden deducirse unas serias diferencias, que sirven de apoyo a esta tesis. El artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1956, afirma tajantemente que «el Registro Mercantil es público. Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos, y no podrá invocarse su ignorancia»; si a continuación se compara esta disposición con el artículo 221 LH que dice que «los registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos», observaremos que, por una parte, el artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil (103) establece una presunción *iuris et de iure*

fe contra el Registro ALVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, pág. 487, basándolo en que no existe obligación de conocer el contenido del Registro: «Incluso aunque se pruebe que el poseedor ha consultado y conocía el Registro y ha contrastado la titularidad contraria que consta en el mismo, no por ello deja de tener buena fe; al no ser la inscripción registral constitutiva y al ser la inscripción voluntaria, es muy fácil la inexactitud registral sobrevenida.»

(100) COSSÍO, *ob. cit.*, pág. 150.

(101) BÉRGAMO LLABRÉS, *ob. cit.*, pág. 314.

(102) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, págs. 25-26.

(103) RIVAS GARCÍA y CHACÓN YERÓN: «El Registro Mercantil. Su organización y funcionamiento», *RCDI*, 1970, tomo I, págs. 635 y sigs.

de conocimiento del contenido del Registro Mercantil y teniendo en cuenta que, según el artículo 433 del Código Civil, la buena fe consiste en un estado psicológico de ignorancia, ésta no podrá darse nunca contra el Registro Mercantil; por otra parte, la publicidad del Registro de la Propiedad se da para facilitar el conocimiento de la situación de la finca, pero de aquí no se deduce que esta posibilidad se convierta en una obligación, cuya consecuencia inmediata sea la de presumir siempre el conocimiento de esta situación. Al no existir esta obligación, puede deducirse la posibilidad de que exista buena fe contra el Registro de la Propiedad, *por lo que hay que admitir la posibilidad de una usucapión ordinaria contra el Registro* (104).

b) *Medios de interrupción de que goza el titular registral.* El hecho de que la finca conste inscrita en el Registro comporta como consecuencia el que el titular inscrito pueda actuar a través de aquellas posibilidades que le reconoce la Ley Hipotecaria, a pesar de la tajante afirmación del artículo 36, que se remite a la Legislación Civil para la regulación de aquellas cuestiones relativas al prescribiente y al dueño de la finca. Esto tiene una importancia extraordinaria a la hora de determinar los medios de interrupción de la posesión del usucapiente. Evidentemente, el titular registral tiene la posibilidad de interrumpir esta posesión a través de los medios que se le conceden en los artículos 1.945 y ss del Código Civil, pero además goza de la acción del artículo 41 LH.

(104) El artículo 1.950 del Código Civil sería paralelo al artículo 34 LH, en cuanto que ambos exigen la ignorancia de que quien transmita no era dueño. El artículo 34 LH exige que el adquirente confíe en la apariencia registral, y el 1.950 del Código Civil exige asimismo una confianza en la apariencia, posesoria en este caso. Fruto de una combinación de lo exigido en los artículos 1.950 y 433-1.º del Código Civil pueden producirse estos supuestos:

a) Si el tercero adquiere de quien según el Registro aparece como dueño e inscribe, pero no puede ser considerado tercero hipotecario, se produce el inicio de la *u.s.f.*

b) Si se adquiere de quien en el Registro no aparece como dueño y aparece inscrito un tercero como tal dueño, puede ocurrir: 1.º Que adquiera de quien es realmente dueño, pero que no ha inscrito; se rompe en este caso el tracto sucesivo, pero no hay usucapión. 2.º Que adquiera de quien no es dueño, apareciendo en el Registro inscrito quien realmente lo sea: en este caso, por aplicación del artículo 1.950 del Código Civil, no existe buena fe.

c) Si se adquiere de quien está usucapiendo *s.f.*, pero no ha consumado aún la usucapión a su favor. Puede ocurrir: 1.º Que se convierta en un adquirente *a non domino*, por el juego del artículo 34 LH. 2.º Que siga usucapiendo cuando conozca que su transmitente tenía únicamente la cualidad de usucapiente, en cuyo caso si será poseedor de buena fe. ¿Qué ocurriría en este caso si el usucapiente *s.f.* no hubiese poseído de buena fe? ¿Se convertiría la usucapión extraordinaria del titular registral anterior en usucapión ordinaria del nuevo titular? Creo que lo más sencillo sería aplicar analógicamente la norma del artículo 442 del Código Civil, entendiendo que no afecta al titular la característica de posesión de mala fe, pero sus efectos sólo se producirán a partir de la adquisición.

En efecto, entiendo que dicha acción ejercitada por quien es titular registral contra quien está usucapiendo tiene el efecto de interrumpir la prescripción, puesto que el presupuesto de esta acción se halla en que alguien se oponga al derecho del titular inscrito sin un justo título, cosa que efectivamente ocurre en este supuesto. Además, el usucapiente no podrá oponerse al titular inscrito en base a la causa segunda del artículo 41 LH, porque el usucapiente puede oponer la prescripción cuando ya está consumada, puesto que entonces habrá adquirido el derecho de propiedad o el derecho real correspondiente y puede oponerlo al titular, pero en caso contrario, no puede alegar una situación de hecho frente a la alegación de un derecho. En conclusión, pues el titular registral goza, además de la posibilidad de interrumpir la posesión *ad usucapionem* por los medios que le proporciona el Código Civil, de la acción real del artículo 41 LH, que en este caso actuará como causa interruptiva.

c) *Medios de que goza el usucapiente que ha consumado a su favor la usucapición para hacer constar en el Registro su derecho.* La organización registral está basada en la accesión de «títulos traslativos o declarativos del dominio o de derechos reales sobre inmuebles» (artículo 2. 1.º LH) o aquellos «en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan» cualquier tipo de derechos reales (artículo 2, 2.º LH); pero la Ley Hipotecaria olvida totalmente toda la enumeración de los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil, que no deroga en absoluto. Por tanto, de los diferentes modos de adquirir la propiedad que reconoce el artículo 609 del Código Civil no plantean problemas en orden a su reflejo en el Registro, la donación, el título hereditario o el contrato unido a la tradición, pero cuando nos hallamos frente a una usucapición que además se ha consumado *contra tabulas*, existe una grave dificultad porque el usucapiente no tendrá a su favor el documento público que le exige la organización registral para su constancia. Puede ocurrir que el usucapiente tenga a su favor una sentencia, en la que se declare su derecho, en cuyo caso éste será el documento que le servirá para inscribir (y hablo de documento porque el título del dominio será la usucapición), pero puede ocurrir que no se haya pronunciado ninguna sentencia, en cuyo caso el usucapiente debe recurrir a un sistema supletorio. Cossío dice que el que consume a su favor una u.c.t. debe proporcionarse un título supletorio para conseguir la inscripción de su derecho, bien acudiendo al expediente de dominio, bien a las actas de notoriedad, teniendo en cuenta según se trate de que la inscripción contradictoria tenga más o menos de treinta años de antigüedad; en el primer caso, procede el

acta de notoriedad, en el segundo, el expediente de dominio, aplicando los artículos 201 y 204 LH (105).

De todos modos, en estos casos se rompe el tracto sucesivo, porque la usucapión es un modo de adquirir originario y el usucapiente no deriva su título del usucapido en ningún caso.

2.º *Usucapión que se produce frente al tercer adquirente del titular inscrito, que reúna las condiciones del artículo 34 LH.* Cuando el titular inscrito tenga la condición de tercero, el artículo 36 LH contempla varias posibilidades, pero antes de entrar a estudiar cada una de ellas, hay que plantear el problema de si el adquirente del titular contra el que se está usucapiendo es o no verdadero tercero hipotecario.

La expresión *tercero*, que aparece en el artículo 36 tiene su origen en las anteriores leyes hipotecarias que exigían, para que la usucapión pudiese perjudicarlo, que estuviese inscrita la posesión (véase el artículo 35 de la Ley de 1909). La Exposición de motivos de la Ley de 1944 distingue también entre que la usucapión se produzca contra aquel que tiene el carácter de tercero hipotecario, contraponiéndole al dueño originario en el momento de iniciarse la usucapión. De las diversas situaciones que se contemplan en el artículo 36 LH, sólo en una de ellas el adquirente del titular es tercero hipotecario. En efecto, *el artículo 36 LH prevé dos supuestos: que la usucapión se halle ya consumada en el momento de producirse la transmisión, o que se consume después de la adquisición por el tercero.* En el primer supuesto, el adquirente el titular es tercero hipotecario, porque existe un verdadero derecho real que el Registro no publica y que se da en cabeza del usucapiente que ha consumado a su favor la usucapión; por esto, en beneficio del concepto de fe pública registral, en virtud de la que se reputa exacto el contenido de los libros del Registro, el adquirente del titular real, es tercero hipotecario, porque resulta indiferente que el titular registral no lo sea en la realidad en virtud de una usucapión contraria o por cualquier otra causa. En cambio, cuando el tercero adquiere de quien es verdadero dueño, contra el que se está usucapiendo, adquiere un derecho real tal y como lo publica el Registro; el derecho existe en cabeza del titular registral en realidad, por tanto, la inscripción es exacta; el adquirente no tendría por qué reunir los requisitos del artículo 34 LH para hacer firme la transmisión de la finca. Tercero, según ROCA SASTRE, «es aquel que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento» (106); lo que ocurre es que el

(105) Cossío, *ob. cit.*, págs. 151-152.

(106) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo I, págs. 644-645.

subadquirente será tercero con relación a todas las relaciones jurídicas en las que sea parte el titular inscrito y que no aparezcan reflejadas en los libros del Registro, pero no puede ser tercero con respecto al usucapiente, porque entre el usucapido y el que prescribe no existe ninguna relación jurídica (que por otra parte, carecería de contenido), dejando aparte el que la relación del usucapiente no se produce con el usucapido, sino con la finca. Por tanto, el tercer adquirente subentra por un fenómeno de sucesión particular, en la misma posición jurídica que ostentaba su causante (el titular registral); en realidad el proceso de usucapición debería afectarle siempre, porque tratándose de una situación de puro hecho, no tiene posibilidades de aparecer en el Registro, como consecuencia de la actual imposibilidad de inscribir la posesión. En consecuencia, el tercero adquirirá el derecho *tal y como* lo ostentaba su causante y con las mismas limitaciones de hecho que afectaban al anterior titular.

Creo que la Ley Hipotecaria ha desorbitado en este caso el concepto de tercero, porque el Registro no puede garantizar a los adquirentes una inmunidad absoluta contra los derechos personales y las situaciones de hecho a que esté sometida la finca; del mismo modo que no se dice que al adquirente del titular inscrito no le afectan los arrendamientos no inscritos concertados por éste, puesto que entrará a formar parte de la relación jurídica obligacional, en virtud de una sucesión en la posición de arrendador, creo que ocurre lo mismo en la usucapición: el adquirente del titular inscrito no es tercero en relación con el usucapiente, cuando adquiere antes de haberse consumado la usucapición, porque subentra en una posición, la de usucapido, contra la que el Registro no puede protegerlo, debido a su característica de situación de hecho y no de derecho real.

La conclusión a que puede llegarse después de esta exposición es que hubiera sido más sencillo decir que cuando el usucapiente ha consumado a su favor la usucapición, pero no ha inscrito su derecho en el Registro, al adquirente del titular inscrito no le afecta este derecho real, que no tiene constancia registral, y se convierte en dueño efectivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 LH, y añadir que cuando la usucapición aún no se ha consumado, el adquirente es titular efectivo del derecho real transmitido, pero que pasa a formar parte de un proceso basado en una simple situación de hecho, en la que ocupará la posición de usucapido, debiendo utilizar todos los medios a su alcance para que esta situación de hecho no llegue a convertirse en un verdadero derecho real, puesto que cuando llegue este momento debería afectarle (107).

(107) La redacción actual es una rémora de la situación anterior y del sistema adoptado ya desde la Ley de 1861 (art. 35) de exigir la inscripción para que la usucapición pueda perjudicar a terceros.

Por tanto, únicamente se da con toda su pureza el concepto de tercero hipotecario cuando al adquirir la finca, ya se había consumado la usucapición, en cuyo caso adquiere en virtud de Registro inexacto, puesto que publica una titularidad que había dejado de existir en cabeza de quien figura en el Registro como titular.

Siguiendo la estructura del artículo 36 LH, hay que distinguir varias situaciones:

a) *Usucapición consumada*.—El tercero adquiere en virtud de Registro inexacto, por tanto, la lógica del sistema obligaría de deducir que en este caso no pueden afectarle los derechos reales no inscritos, como lo será la propiedad en cabeza del usucapiente; pero el artículo 36 LH formula una excepción al principio del artículo 34 LH, puesto que afirma que estos derechos afectarán al tercer adquirente cuando:

- Se demuestre que «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» (ap. a), artículo 36 LH).
- 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 (apartado b), art. 36 LH).

Así, pues, puede decir que el artículo 36 coloca al tercero en una situación de buena fe cualificada, que hay que intentar delimitar. La ignorancia a que se refiere el artículo 36 LH parece ser distinta de la del artículo 34; en efecto, el artículo 34 exige desconocimiento de la situación jurídica real de la finca o de la falta de poder de disposición del transmitente; en cambio, el artículo 36 LH añade la exigencia de que esta ignorancia se extienda a las circunstancias de hecho de la finca, considerándose que si el adquirente no ha llegado a este conocimiento, le afectará la usucapición porque incurre en *culpa lata*. Sobre el concepto de *culpa lata* existe una seria discrepancia en la doctrina: SANZ entiende que la existencia de motivos suficientes para tener conocimiento de la situación refuerza la posición del poseedor y priva de valor a las normas del artículo 36 LH, considerando que el tercer adquirente siempre habrá tenido motivos suficientes para conocer la usucapición (108). Una opinión

(108) SANZ, *ob. cit.*, pág. 552.

parecida sustenta BÉRGAMO (109). ROCA SASTRE entiende que habrá supuestos en que esta *culpa lata* exista realmente y otros en que no, aunque, en todo caso, creo que debe demostrarse siempre que conoció o tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer el estado posesorio de la finca, lo cual no requiere únicamente el conocimiento de este estado posesorio, sino también que el poseedor actúa con ánimo de dueño. En consecuencia, hay que decir que afectará al tercer adquirente la usucapción, porque no ha actuado con la diligencia exigible, de acuerdo con un estándar medio de conducta.

b) *Usucapción a la que falte un año para consumarse*.—Esta es otra de las situaciones contempladas en el artículo 36 LH. En este caso afectará al tercer adquirente la usucapción cuando «no habiendo conocido ni podido conocer en el momento de la adquisición la usucapción, la consiente. La doctrina denomina este supuesto como *usucapción cuasi consumada* y, con ROCA SASTRE, creo que hay que regularla de una forma distinta a la contemplada en el apartado anterior, porque en este caso, el tercero adquiere de quien, según el Registro y la realidad extrarregistral, tiene poder para transmitir la finca. Es decir, que el tercero adquiere *a domino* y, por tanto, tiene en su mano todos los medios legales para interrumpir la usucapción cuasi consumada (reivindicatoria, acción *ex art. 41 LH*, medios del art. 1.946 del Código Civil). Cuando utilice cualquiera de estos medios, no podrá decirse que haya consentido la usucapción, por lo que no le afectará (110); cuando ello ocurra, para el usucapiente se producirá una interrupción de la posesión, pero no debida a la adquisición del titular, sino al acto interruptivo llevado a cabo por éste.

En cambio, cuando se trata de usucapción consumada, en la que el usucapiente es ya titular del derecho real correspondiente en el momento de su adquisición por el tercero, existen dos titularidades: la del *tercer adquirente* de buena fe, que adquirió de acuerdo con las prescripciones del Registro y que no tuvo medios suficientes ni motivos racionales para conocer el estado posesorio de la finca antes de su adquisición, en suma, que será tercero hipotecario, y la del *usucapiente*, que adquirió por el transcurso del tiempo, unido a la posesión. Se produce en este supuesto una colisión de titularidades, derivadas de la protección que proporcionan

(109) BÉRGAMO, *ob. cit.*, pág. 305.

(110) La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 distinguía los supuestos de conocimiento y los de desconocimiento de la situación real de la finca, y cuando el tercer adquirente no conoció ni pudo conocer esta situación llega a la conclusión de que debe prevalecer la fe pública del Registro. «Surgida una colisión de intereses, se ha considerado más justo que no resulte lesionado quien de buena fe ha adquirido el derecho al amparo del Registro»; pero si deja transcurrir un año sin oponerse a la usucapción, «se produce una positiva accesión posesoria y, de consiguiente, le afectará la prescripción consumada o en curso».

dos sistemas de publicidad distintos: el derivado de la posesión y el derivado del Registro. La posesión del usucapiente debe ser pública, puesto que, en caso contrario, no podría dar lugar a la adquisición del derecho real correspondiente (111) (véanse los arts. 444 y 1.941 del Código Civil); por otra parte, el tercer adquirente ha adquirido confiando en la publicidad registral que le proporciona la inscripción de su causante. Ante esta situación y para conservar los principios hipotecarios, el Registro debería mantener la adquisición del tercero, basada en un modo de adquirir tan justo y legal como la usucapión (112), pero la colisión evidente la resuelve la Ley Hipotecaria en favor de la publicidad que proporciona la posesión. Constituye, por tanto, la disposición del artículo 36 LH una excepción a lo dispuesto en el artículo 34 y, sobre todo, a lo que se establece en el artículo 32 del mismo Cuerpo legal, en cuanto que un título de propiedad no inscrito (la usucapión) perjudica a tercero si éste no opone su título dentro del año siguiente a la adquisición, efectuada ex artículo 34 LH, a la usucapión consumada. En este caso, los medios de que dispone el adquirente según el Registro no son los mismos de que dispondría si se hallase frente a una usucapión aún no consumada, puesto que no podrá interrumpir la posesión; cualquier acción judicial que ejercite dentro del año siguiente a la adquisición no tendrá nunca carácter interruptivo, puesto que no se puede interrumpir una usucapión ya consumada. Podrá utilizar, en este caso, la acción reivindicatoria y la acción real del artículo 41 LH, y si utiliza este medio, el usucapiente no podrá alegar la causa de oposición segunda de dicho artículo, puesto que si la acción se ejercita dentro del año siguiente a la adquisición, dicha usucapión no puede perjudicar al titular inscrito, lo que sí ocurriría en el caso de que la efectuase después de transcurrido un año desde la adquisición. Como dice NÚÑEZ LAGOS, pasado este año, el adquirente del titular usucapido pierde su cualidad de tercero y será un mero sucesor de su transmitente registral (113).

Cuando la Ley Hipotecaria habla de transmisión, debe plantearse a qué momento hay que referir esta adquisición. La doctrina se divide en dos sectores: los que adoptan un criterio de Derecho civil y aquellos autores que siguen los criterios basados en la letra de la Ley Hipotecaria. Entre estos últimos puede citarse a SANZ, quien considera que el plazo del año

(111) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, en «Realidad y Registro», *RGLJ*, 1945, I, pág. 431, dice que la posesión del titular civil no inscrito no reúne publicidad bastante. Esto puede no ser cierto, puesto que la publicidad registral es una publicidad formal y no efectiva y, en cambio, la que otorga la posesión es mucho más real.

(112) Admitido en el artículo 609 del Código Civil, cuando habla de que la propiedad puede adquirirse asimismo por la ley.

(113) NÚÑEZ LAGOS, *ob. cit. ult.*, pág. 428.

(114) SANZ, *ob. ult. cit.*, pág. 554.

debe contarse a partir de la inscripción (114); BÉRGAMO, sin embargo, cree que el momento en que debe producirse esta buena fe es el de la tradición, porque es conceptualmente imposible que el tercero haya podido recibir de su transferente una posesión efectiva que éste no le podía entregar, porque no la tenía, añadiendo que en este caso actuará una tradición simbólica (art. 1.462 del Código Civil), «y en su virtud el otorgamiento de escritura señalará el momento de perfección de la adquisición»; completa esta opinión cuando dice que si no se olvida «que el artículo 36 habla de titulares inscritos que tengan la condición de terceros, y que ésta no se tiene si no se inscribe, de acuerdo con el artículo 34 LH, el momento en que debe referirse la mala fe del tercero es el de la inscripción» (115).

En contra de esta tesis, los civilistas oponen la efectividad de la teoría del título y el modo; así, COSSÍO dice que el momento determinante de la mala fe es el de perfeccionar su adquisición, frase ocasionada a confusiones, pero que debe entenderse en el sentido «del momento en que, por haber conferido además del título, el modo, la adquisición propiamente dicha del derecho real se ha producido o debido producir completamente» (116); ROCA SASTRE, por su parte, también considera que este momento es aquel en que se ha producido la adquisición según el Derecho civil, puesto que en el sistema hipotecario español la inscripción no es constitutiva, salvo en el supuesto de la hipoteca (117). Estas opiniones son las de mayor peso, pero, además, creo que son absolutamente ciertas y que esta afirmación se desprende del propio sistema hipotecario relativo a la usucapción: si comparamos el artículo 35 LH con el artículo 36 nos damos cuenta que el primero pone el acento en la inscripción, ya que actúa de justo título *ad usucapionem* y a partir de la inscripción entran en juego una serie de presunciones que facilitan al titular registral la usucapción; en cambio, el artículo 36 es una cuña metida en un sistema que vive al margen de la realidad y que trata de adecuarse a ella. ¿Cómo puede requerirse la buena fe en el momento de la inscripción cuando, salvo para obtener la cualidad de tercero hipotecario, la propia inscripción es absolutamente irrelevante? Además, el propio artículo 36 habla de «perfeccionar su adquisición» (el tercero), y ello ocurre cuando concurren título y modo (o cualquier otro de los requisitos en los demás

(115) BÉRGAMO, *ob. cit.*, págs. 302-303. Admiten también esta tesis SOLS, *obra citada*, pág. 129, y ATARD GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 85.

(116) COSSÍO, *ob. cit.*, pág. 155. Ello es cierto si entendemos que, según el artículo 34 LH, únicamente se es tercero cuando, además de reunir los otros requisitos que se exigen, se ha adquirido a título oneroso y sólo puede adquirirse de esta forma a través de un contrato. Véase asimismo ALBADALEJO, *ob. cit.*, pág. 164, nota 92.

(117) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, págs. 35-36, y tomo I, págs. 734 y sigs.

modos de adquirir la propiedad); sólo en este momento se produce la adquisición del derecho real correspondiente (salvo en la hipoteca, artículos 1.875 del Código Civil y 145 LH), de acuerdo con el artículo 609 del Código Civil. Esta solución puede aplicarse tanto al párrafo a) como al b) del artículo 36 LH, encontrando en dicho artículo una nueva razón en orden a la aplicación de esta norma cuando, refiriéndose a las servidumbres negativas o no aparentes, dice que el plazo del año empezará a contarse desde que el titular pudo conocer su existencia o, en su defecto, desde que se produjo el hecho obstativo a la libertad del predio sirviente, en cuyo caso se dará un conocimiento efectivo; la referencia de este párrafo al párrafo a) del propio artículo 36 hay que entenderla en el sentido de que se remite a la posibilidad de que el adquirente tuviese medios racionales o motivos suficientes para conocer la servidumbre, puesto que hay que entender que no se refiere a la adquisición de la servidumbre, sino de la finca gravada con la misma.

c) *Usucapción en curso, o sea, aquella a la que falte más de un año en consumarse.*—La referencia de la Ley Hipotecaria a este supuesto es completamente superflua y la mayoría de los autores la critica ampliamente, ya que, como dice BÉRGAMO, nos encontramos «ante un mero estado de hecho, pero que por no haber alcanzado la madurez de la usucapción nada tiene que ver con ella» (118). En realidad, de la misma manera que en el caso de la usucapción que deba consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, el tercero adquiere de quien es verdaderamente dueño y no necesita para nada que se produzca a su favor el juego del artículo 34 LH, puesto que el Registro, en este caso, concuerda perfectamente con la realidad extrarregistral. Las situaciones de hecho, como lo es la posesión *ad usucapionem*, no afectan en nada a la titularidad, aunque sí afectarán al adquirente en cuanto pasará a ser parte en el proceso de usucapción iniciado por el usucapiente. El párrafo del artículo 36 únicamente puede tener una justificación por la necesidad de aclarar toda una serie de problemas que se plantearon a partir del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861, en cuanto que se entendía que la prescripción no perjudicaba a los terceros (119).

El segundo párrafo del artículo 36 LH dice lo siguiente: «La prescrip-

(118) BÉRGAMO, *ob. cit.*, pág. 310.

(119) Véase GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.*, pág. 641; PANTOJA Y LLORET, *ob. cit.*, página 239; con relación a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria de 1869, véanse los comentarios de CALDERÓN NEIRA, pág. 102, y GALINDO Y ESCOSURA, *ob. cit.*, tomo II, páginas 527-529. Respecto a la Ley Hipotecaria de 1909, véase GAYOSO ARIAS, *obra citada*, y MORELL Y TERREY, José: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1916-1920, tomo II, págs. 650 y sigs.; ROCA SASTRE: *Instituciones*, cit., página 257, y BENAYAS CABEZUDO: «La usucapción y el Registro de la Propiedad en el Derecho español», *AAMN*, 1946, tomo III, págs. 475 y sigs.

ción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpe en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.» La mayoría de los autores critican este párrafo porque entienden que es muy dudosa la terminología, ya que este artículo habla, por una parte, de *interrumpir la prescripción*, cuando lo que se interrumpe, según el artículo 1.944 del Código Civil, es la posesión, y, por otra parte, dice que esta interrupción deberá hacerse «en la forma y plazos antes indicados», cuando en los párrafos anteriores no existe ninguna mención al tema. En cambio, si considero acertada la referencia al titular inscrito y no al titular que tenga la condición de tercero, puesto que no puede ser tercero quien adquiere en virtud de Registro exacto (120). En realidad, el párrafo transcrito es totalmente superfluo, debiendo reconducirse al párrafo tercero del propio artículo, en el sentido de que al convertirse en dueño el adquirente del titular registral y pasar a formar parte del proceso de usucapación, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil. Si ello no fuese así, este tercer párrafo del artículo 36 tendría aplicación sólo cuando el dueño de la finca, al consumarse la usucapación, sea el mismo que existía al comenzar, o que haya adquirido a título gratuito o en virtud de sucesión (121).

La doctrina no está de acuerdo en orden a los medios de que puede disponer el titular en este caso para interrumpir la posesión *ad usucapionem*; según ROCA SASTRE, las opiniones se dividen en dos sectores: el criterio civilista puro, que entiende que transcurrido el plazo de un año desde la adquisición del titular registral, éste puede utilizar los medios civiles para interrumpir la usucapación, pero no la acción del artículo 41 LH. Así, BÉRGAMO dice que cuando el titular registral consiente por más de un año la posesión extrarregistral, se inhiben las defensas hipotecarias, que podía haber ejercitado antes de haber transcurrido dicho plazo (122); VALLET DE GOYTISOLO dice que el procedimiento del artículo 41 LH podrá ser enervado por la oposición del poseedor en virtud de la cita segunda de contradicción de dicho artículo, y que si no ocurriera así, al titular que dejó pasar un año sin interrumpir la posesión del usucapiente o el tercero que no cumplió lo dispuesto en el apartado b) del artículo 36 LH, les bastaría transferir la finca a cualquier persona, conocedora o no de la situación posesoria, para que ésta utilizase el procedimiento del artículo 41

(120) En efecto, según el propio ROCA SASTRE, uno de los presupuestos de actuación del artículo 34 LH es que el Registro sea inexacto y que las causas de inexactitud del Registro no consten explícitamente en el mismo. Ver *Derecho hipotecario*, cit., tomo I, pág. 685. Ver asimismo LACRUZ-SANCHO, ob. cit., pág. 239, con relación a las circunstancias de hecho.

(121) En este mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 384.

(122) BÉRGAMO, ob. cit., pág. 310, y SANZ, ob. cit., págs. 557-558.

y para que, después de vencer en él, se la volviese a transferir (123); también coincide con esta opinión ALVAREZ CAPEROCHIPI, aunque limitando el ejercicio de la acción al año siguiente al de la adquisición por el tercero, ya que dice que «la apariencia de la inscripción sólo sustituye a la posesión frente a tercero de buena fe que inscribe su adquisición a título oneroso, siempre que no conociese o hubiese debido conocer la posesión contraria; esta doctrina parece aplicable a esta sede jurídica: la acción real registral no puede dirigirse frente al poseedor a título de dueño, excepto durante el año siguiente a la adquisición por el tercero y en las condiciones descritas por el artículo 36 LH» (124).

El criterio civilista hipotecarista, según el cual (125) el artículo 36 no distingue entre medios civiles y medios hipotecarios.

Creo que la solución a esta discusión hay que buscarla en la exégesis del propio artículo 36: cuando el párrafo segundo de este artículo se remite a «la forma y plazos antes indicados», se remite a todo lo dispuesto en el párrafo primero de dicho artículo *en toda su integridad*, y este párrafo primero se refiere a la usucapión consumada y a la que se pueda consumir dentro del año siguiente a la adquisición. Cuando el artículo 41, en su causa de oposición segunda, se refiere a la prescripción, siempre que debe perjudicar al titular inscrito, se está remitiendo al primer párrafo del artículo 36, por lo que siempre que habiéndose consumado la usucapión o falte un año para ello, y el adquirente no haya actuado diligentemente (ap. a), art. 36) o haya consentido dicha posesión expresa o tácitamente (ap. b), art. 36), ésta deberá perjudicarle. Por tanto, sólo en estos supuestos podrá el usucapiente oponerse a la acción del titular registral, en base al artículo 41 LH. Pero cuando no se trate de usucapión o que haya de consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, el poseedor *ad usucapionem* no podrá oponerse a la acción real del titular registral, por lo que éste podrá utilizar dicha acción para interrumpir la posesión *ad usucapionem*.

En consecuencia, hay que entender que *el artículo 36 LH, en su párrafo segundo, integra al adquirente del titular usucapido en la situación de hecho de la usucapión, es decir, que pasa a ser parte en la misma y le perjudica el tiempo durante el que el usucapiente ha estado poseyendo contra el anterior titular, puesto que el hecho de que esté inscrito el dominio o derecho real que se está usucapiendo no modifica para nada las normas civiles sobre la materia.*

(123) VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, pág. 385.

(124) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, pág. 483.

(125) AZPIAZU: *La posesión y el Registro*, cit., pág. 442; VILLARES PICÓ: «La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1947, pág. 679; MARTÍNEZ CORBALÁN, *ob. cit.*, pág. 537, y ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 49.

C) *La Usucapio libertatis*

Hay que hacer, por último, una breve referencia al párrafo cuarto del artículo 36, que contempla el caso de la denominada *usucapio libertatis*, es decir, aquel supuesto en que, por medio de la posesión en concepto de libre de una finca gravada por un derecho real, al consumarse la usucapación se extinguen los derechos reales que hasta aquel momento recaían sobre la finca (126). Esta forma de usucapación responde a la regla *tantum praescriptum quantum possessum*.

El cuarto párrafo del artículo 36 dice lo siguiente: «Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido no se extinguirá por usucapación de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando siéndolo reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.»

Dentro del párrafo cuarto del artículo 36 hay que distinguir varios supuestos:

a) *Derechos que no llevan aneja la facultad de disfrute de la cosa*, cuyo paradigma es la hipoteca. En este caso, aun cuando se haya poseído la finca en concepto de libre, no se extingue el derecho real de que se trate por haberse consumado la usucapación. Ahora bien, ello siempre que la usucapación se haya llevado a término por persona distinta del hipotecante, porque, además, se trataría de una aplicación concreta del artículo 104 LH. En el caso de que fuese el propio acreedor hipotecario el que usucape la finca, creo que no podría subsistir el gravamen porque se extinguiría por confusión.

b) *Derechos que impliquen facultad de disfrute cuando ésta no fuese incompatible con la posesión causa de la prescripción.*—El caso típico es el de las servidumbres, aunque también deben incluirse aquí aquellos derechos reales limitativos del dominio, cuando lo que se adquiere por usucapación es el derecho real, dejando intacto el dominio o viceversa (127), dado que el artículo 36 habla de posesiones incompatibles. Incluso puede ocurrir que una persona usucape el dominio y otra el usufructo al mismo tiempo.

(126) En esta materia puede consultarse preferentemente ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, págs. 54 y sigs.

(127) En contra, ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 59.

c) Cuando implicando facultad de disfrute y siendo incompatibles las posesiones, reúnan sus titulares las circunstancias de no conocer, o haber tenido motivos racionales para hacerlo, la posesión del usucapiente o que se consiente dicha usucapición dentro del año siguiente a la adquisición.—Este párrafo está explícitamente recogido en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, donde se dice que «si la cuestión se plantea respecto del derecho con facultad de goce o disfrute incompatible con el estado posesorio del que está prescribiendo, se ha juzgado entonces que, dada la estrecha relación entre ambas posesiones, no puede concederse a aquéllos más protección que la que esta ley otorga a los titulares en vías de usucapición».

ENCARNA ROCA TRÍAS

Profesor agregado de Derecho civil

BIBLIOGRAFIA QUE SE CITA EN EL TEXTO

- ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958.
 — *Derecho civil*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1974.
 ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «La posesión y el Registro de la Propiedad», *RDP*, junio 1978.
 ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975.
 ATARD GONZÁLEZ, Rafael: «La posesión en la legislación hipotecaria española», *AAMN*, III, 1946.
 AZPIAZU, José: «Apostillas a unos comentarios. La posesión y el Registro», *RCDI*, 1945.
 — «¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?», *RCDI*, 1956.
 — «A manera de réplica», *RCDI*, 1947.
 — «Más sobre el tema 'la prescripción y el Registro'», *RCDI*, 1947.
 BENAYAS CABEZUDO: «La usucapición y el Registro de la Propiedad en el Derecho español», *AAMN*, 1946, tomo III.
 BADOSA COLL, Fernando: *Justo título*, Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIV, Barcelona, 1971.
 BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: «La usucapición y el Registro de la Propiedad», *AAMN*, tomo III, 1946.
 CALDERÓN NEIRA, Manuel: *Estudios hipotecarios*, Madrid, 1885.
 CAMY SÁNCHEZ-CANETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1971.
 COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945.
 CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo I, Madrid, 1967.
 DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962.
 DE DIEGO LORA: *La posesión y los procesos posesorios*, Madrid, 1962.
 DÍAZ GONZÁLEZ: *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1967.
 DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964.

- GALINDO Y ESCOBURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid, 1890.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, Ed. Anastática, Barcelona, 1973.
- GAYOSO ARIAS: *Nociones de legislación hipotecaria*, Madrid, 1918.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862.
- ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo I, Madrid, 1974, y tomo II, Madrid, 1974.
- LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.
- «La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*, 1949.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957.
- MARTÍ MIRALLES, Juan: *Spoliatus ante omnia restituendus*, Tarragona, 1972.
- MARTÍNEZ CORBALÁN: «Más sobre los artículos 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1946.
- «La reforma de la Ley Hipotecaria. Examen del artículo 41 en relación con sus predecesores», *RCDI*, 1946.
- MORALES MORENO, Antonio: *Posesión y usucapción*, Madrid, 1972.
- «La inscripción y el justo título de usucapción», *ADC*, 1971.
- MORELL Y TERRY, José: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1916-1920.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Realidad y Registro», *RGLJ*, 1945, tomo I.
- «Dos acciones y un solo artículo», *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, tomo II, 1951.
- «Fe pública registral», *RDN*, núm. 20, 1958.
- PANTOJA, José M.^a, y LLORET, Antonio M.^a: *Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*, Madrid, 1861.
- PEÑA: «Comentario a la sentencia de 5 de abril de 1961», *ADC*, XV.
- PORCIOLES Y COLOMER, José M.^a de: «La prescripción y el Registro de la Propiedad», *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*, Colegio Notarial de Barcelona, 1945.
- RIVAS GARCÍA y CHACÓN YERÓN: «El Registro Mercantil, su organización y funcionamiento», *RCDI*, 1970, tomo I.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1942.
- *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, tomos I y II.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de A.: *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: «La reforma de la Ley Hipotecaria», *RDP*, 1945.
- *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I.
- SOLS GARCÍA, Pedro: «Prescripción contra el Registro», *ADC*, II, 1949.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral», *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
- VILLARES PICÓ: «La posesión y el Registro», *RCDI*, 1947.
- «La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1947.