

COMPLACER A LA LEY HIPOTECARIA

Consejo Thomson Reuters Aranzadi

D. JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ
Presidente

D. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO
Vicepresidente

VOCALES

D. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

D^a. ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO

D. ÁNGEL CARRASCO PERERA

D^a. CARMEN CHINCHILLA MARÍN

D. FAUSTINO CORDÓN MORENO

D. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

D. MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN

D. JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO

D. EUGENIO GAY MONTALVO

D. JACOBO BARJA DE QUIROGA

D. LUIS MARTÍN REBOLLO

D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

D. JULIO MUERZA ESPARZA

D. ALBERTO PALOMAR OLMEDA

D. GONZALO QUINTERO OLIVARES

D. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

D. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

D. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

D^a. M^a LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

D. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

D. EUGENIO SIMÓN ACOSTA



THOMSON REUTERS ARANZADI

Comentarios a la Ley Hipotecaria

Director

Andrés Domínguez Luelmo

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, marzo 2013

Segunda edición (1ª en Aranzadi), marzo 2016

Tercera edición (2ª en Aranzadi), noviembre 2019



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBOOKS

Incluye versión en digital

La elaboración de esta 3ª edición de los Comentarios a la Ley Hipotecaria es el fruto de varios Proyectos de investigación, de los que forman parte los diversos autores. El comentario a los artículos 1 a 3, 5 a 17, 20, 23 a 28, 30 a 41, 43 a 45, 47 a 58, 66 a 71, 76 a 91, 96, 97, 99 a 105, 114 a 116, 128 a 136, 140, 146 a 148, 169 a 183, 184 a 192, 198, 204, 207, 211 a 220, 238 a 247, 259 a 275 bis, 276 a 295, 319 a 329, así como a las Disposiciones Transitorias primera a décima y a la Disposición final derogatoria, ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas» (DER2015-69718-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyos investigadores principales son los Profesores. Dres. D. Andrés Domínguez Luelmo y D. Jacobo Mateo Sanz. El comentario a los artículos 5 a 17, 20, 23 a 28, 30 a 41, 43 a 45, 47 a 58, 66 a 71, 76 a 91, 96, 97, 99 a 105, 114 a 116, 128 a 136, 140, 146 a 148, 169 a 183, 184 a 192, 198, 204, 207, 211 a 220, 238 a 247, 259 a 275 bis, 276 a 295, y 319 a 328, ha sido realizado en el marco del Proyecto Redes de Excelencia DER2016-81966-REDT «Registro, mercado crediticio y crisis económica», financiado por el Ministerio de Economía y Empresa, cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. Manuel Espejo Lerdo de Tejada. El comentario a los artículos 117 a 127 y a los artículos 138, 139, 141, 142, 143, 144 y 145, ha sido realizado en el marzo del Proyecto de Investigación «Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII). Mercado Inmobiliario y crisis económica» (DER2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. José Luis Arjona Guajardo-Fajardo; y del Proyecto de Investigación «Sociedad, Mercado y Derecho» (SEJ-584), financiado por el PAIDI de la Junta de Andalucía. El comentario a los arts. 149 a 157 LH ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-82129-P. La autora de estos comentarios pertenece al «Grup de Dret civil català» 2017 SGR 151.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Andrés Domínguez Luelmo (Dir.) y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1309-622-3

DL NA 2096-2019

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

impresión: Rodona industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Relación de autores

Director:

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Autores:

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de Valladolid

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

JOSÉ GABRIEL CALVACHE MARTÍNEZ

Notario

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

M.ª CARMEN FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

MARÍA CRUZ GARCÍA VELASCO

Abogado

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Barcelona

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad

Ex-Director General de los Registros y del Notariado

Catedrático acreditado de Derecho Civil

MANUEL GÓMEZ TOMILLO

Ltrado del Tribunal Constitucional

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valladolid

EUGENIO LLAMAS POMBO

Abogado

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Salamanca

JACOBO B. MATEO SANZ

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

MARTA ORDÁS ALONSO

Profesora Titular de Derecho Civil

(Catedrática acreditada)

Universidad de León

EMMA ROJO IGLESIAS

Registradora de la Propiedad

JOSEP MARÍA SABATER SABATÉ

Ltrado de la Administración de Justicia

Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universitat Rovira i Virgili

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

EDUARDO SERRANO GÓMEZ

Profesor Titular de Derecho Civil

(Catedrático acreditado)

Universidad Complutense

FERNANDO TORIBIOS FUENTES

Procurador de los Tribunales

Profesor Asociado de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

	<i>Página</i>
Artículo 9.	179
Artículo 10.	182
<i>Por Javier Gómez Gállego y Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 11.	231
<i>Por Jacobo B. Mateo Sanz</i>	
Artículo 12.	291
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 13.	313
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 14.	322
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 15.	343
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 16.	357
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 17.	363
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 18.	373
<i>Por Javier Gómez Gállego</i>	
Artículo 19.	441
<i>Por Javier Gómez Gállego</i>	
Artículo 19 bis.	458
<i>Por Javier Gómez Gállego</i>	
Artículo 20.	462
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 21.	494
<i>Por María De Zulueta Sagarra</i>	
Artículo 22.	510
<i>Por María De Zulueta Sagarra</i>	

	<i>Página</i>
Artículo 23.	516
<i>Por Jacobo B. Mateo Sanz</i>	
Artículo 24.	546
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 25.	564
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 26.	570
<i>Por Jacobo B. Mateo Sanz</i>	
Artículo 27.	608
<i>Por Jacobo B. Mateo Sanz</i>	
Artículo 28.	622
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 29.	629
<i>Por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla</i>	
Artículo 30.	636
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 31.	639
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 32.	641
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 33.	647
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 34.	654
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	
Artículo 35.	688
<i>Por Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
Artículo 36.	701
<i>Por Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
Artículo 37.	721
<i>Por Andrés A. Domínguez Luelmo</i>	

pues en tales casos el principio de fe pública registral no puede proteger a uno de ellos en perjuicio del otro.

El planteamiento es diferente cuando únicamente aparece un tercero protegido en uno de los folios registrales, y no en el otro. En estos casos sí se aplica jurisprudencialmente el artículo 34 LH. Resulta paradigmática en este punto la STS 9-12-1997 (RJ 1997, 8731): «cuando uno de los titulares registrales reúne la condición de tercero hipotecario y el otro no, el conflicto ha de resolverse, conforme a los principios hipotecarios, en favor del tercero protegido por la fe pública registral, sin tener que acudir a las anteriormente dichas normas del Derecho civil puro». En este mismo sentido se pronuncia la STS 1-3-1997 (RJ 1997, 1634), e igualmente la STS 9-5-2003 (RJ 2003, 3892), aunque en este caso no concurrían finalmente los requisitos del artículo 34 LH. Cabe igualmente destacar que la misma doctrina se contiene en las SSAP Toledo 10-2-2000 (AC 2000, 579), Segovia 24-2-2000 (AC 2000, 173), Segovia 10-3-2000 (AC 2000, 864) y Lleida 22-5-2002 (JUR 2002, 174990).

Artículo 35.

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

COMENTARIO

Blanca SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

SUMARIO.—§1. INTRODUCCIÓN. §2. USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS». 1. La inscripción como justo título. 2. Presunciones posesorias. 3. Cómputo del plazo. §3. USUCAPIÓN LIBERATORIA «SECUNDUM TABULAS». §4. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA «SECUNDUM TABULAS».

§1. INTRODUCCIÓN

En un sistema como el nuestro, en el que los derechos reales nacen fuera del Registro y en el que esta institución jurídica persigue como finalidad fundamental asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, garantizando la exactitud y veracidad de sus declaraciones a quienes contratan confiados en ellas, admitir el funcionamiento de la prescripción conforme a las reglas del Derecho civil puro sería tanto como acabar con la seguridad que proporciona el sistema.

Por el contrario, rechazar totalmente el principio legitimador de la prescripción frente a los pronunciamientos del Registro equivaldría a renunciar a la concordancia del contenido del Registro con la realidad extrarregistral, fomentando, en definitiva, las inexactitudes registrales, y dejar en el desamparo a los poseedores que se han mantenido en esa situación durante el tiempo y con los demás requisitos exigidos por la legislación civil para adquirir el derecho.

Por todo ello, la LH, en los artículos 35 y 36, procura armonizar la prescripción con el Registro de la Propiedad, pretendiendo equilibrar los intereses en juego. Dichos artículos regulan la usucapión conforme al Registro (o *secundum tabulas*), la prescripción adquisitiva y la extintiva contra el Registro (o *contra tabulas*) y la usucapión liberatoria (o *usucapio libertatis*). Se puede observar que la LH no se ocupa de la prescripción extintiva conforme al Registro.

Debe advertirse, antes de comenzar el comentario de cada uno de estos artículos, que el instituto de la prescripción, tanto la adquisitiva o usucapión como la extintiva o liberatoria, constituye una materia cuyo estudio es de la competencia del Derecho civil puro. El Derecho inmobiliario registral recibe o da por formada esta figura jurídica y solo le interesa en cuanto a las repercusiones que pueda tener respecto de los actos o derechos inscritos (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 419). De ahí que el presente comentario se limite al estudio de las relaciones de la figura de la prescripción, en sus distintas manifestaciones, con la institución del Registro de la Propiedad.

§2. USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS»

Es la usucapión en favor del titular inscrito del dominio, o de un derecho real limitado susceptible de posesión, que no es el verdadero titular por haber adquirido de un *non dominus* o a través de un contrato que no puede considerarse *justo título*, y no estar protegido por la fe pública registral (por haber adquirido a título gratuito o por sucesión *mortis causa* o por ser inmatriculante, etc.), pues si fuera un tercer adquirente protegido no necesitaría de la usucapión para adquirir un derecho cuya titularidad ya le correspondería desde el momento de la inscripción.

De la usucapión *secundum tabulas* trata este artículo 35 LH. «La *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 —dice la STS de 18 de febrero de 1987 (RJ 1987, 716)— es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia Ley, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de la usucapión ordinaria, cuando de otra suerte debiera utilizar la usucapión extraordinaria; o bien la de facilitar la usucapión ordinaria en orden a la prueba de las circunstancias exigidas por ésta» (fundamento jurídico 1.º).

En definitiva, la finalidad de la norma es facilitar la usucapión ordinaria del titular inscrito a través de estas dos medidas: 1.ª Afirmando que «será justo título la inscripción»; 2.ª Presumiendo que el titular registral «ha poseído pública, pacífica,

ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento», que son los requisitos que el Código civil exige para la usucapación ordinaria (artículos 1940 y 1941 CC).

1. LA INSCRIPCIÓN COMO JUSTO TÍTULO

Es opinión mayoritaria en la doctrina que la afirmación «será justo título la inscripción» del artículo 35 LH significa que la inscripción equivale o sustituye al justo título (AZPIAZU, 1945, 427; NÚÑEZ LAGOS, 1945, 454; PORCIOLES COLOMER, 1945, 189; LA RICA, 1949, 550, y GARCÍA GARCÍA, 1997, 1722 y ss.). No es que el artículo 35 presuma *iuris tantum* la existencia del justo título, sino que, rotundamente, quiere que la inscripción valga como título y, en tanto ésta esté vigente, implica de por sí justo título a favor del titular registral a los efectos de la usucapación ordinaria: por sí sola, independientemente de toda idea de existencia de título formal o documental, hace las veces de causa hábil o de justo título para la usucapación ordinaria; por sí sola, es el sucedáneo del justo título requerido para este tipo de usucapación, siempre que la misma persona del usucapiente figure como titular registral del mismo dominio o derecho real objeto de la usucapación, y en tanto subsista como tal inscripción. Ante lo terminante del precepto, huelga querer penetrar en el examen de la validez, idoneidad o existencia de un título documental base de la inscripción correspondiente, pues aunque éste, como caso insólito, no hubiera existido, la inscripción existiría y haría las funciones de tal título justo a efectos de la usucapación ordinaria. El artículo 35 dispone que la inscripción es justo título para la usucapación y con esto basta, pues mientras aquella subsista o no esté cancelada despliega la fuerza de *iusta causa usucapionis* a los fines del artículo 35 que se comenta. Y esto aunque tal inscripción lo sea de inmatriculación (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 429).

En contra, otros autores sostienen que la equivalencia entre la inscripción y el justo título resulta contradictoria o, cuando menos, perturbadora de lo dispuesto en el CC y en la Legislación hipotecaria, fundamentalmente en los artículos 33 y 38 LH. Así, para evitar dicha contradicción, defienden que el artículo 35 LH constituye una «presunción *iuris tantum* de justo título», es decir, se presume que el título es válido y verdadero, desplazando la carga de la prueba al que mantenga lo contrario. Por tanto, una vez probada la nulidad del título material, se puede declarar la nulidad o cancelación de la inscripción, incluso aunque haya transcurrido el plazo para la usucapación ordinaria (BÉRGAMO LLABRÉS, 1946, 282 y 283; Díez-PICAZO, 2008, III, 846 y 847; SANZ FERNÁNDEZ, 1946, 279; MORALES MORENO, 1971, 1127 y ss.; LUNA SERRANO, *Com. MJ*, II, 2129 y 2132, y SANCINENA ASURMENDI, 2009, 266).

En un intento de conciliar la idea de que la inscripción no equivale al justo título con el sentido literal del artículo 35 LH, algunos autores sostienen que la idea de una simple presunción *iuris tantum* no es en nuestro caso aplicable, pues para destruir los efectos que derivan del artículo 35 LH no basta una simple prueba en contrario, sino que es preciso atacar y destruir la inscripción de donde ella se hace

derivar (MORALES MORENO, 1971, 1141). La inscripción no es mera presunción *iuris tantum* de justo título, sino que lo sustituye, a menos que se declare la nulidad de la propia inscripción o del acto o título que le sirvió de base. Admitiendo, pues, que, a los efectos de la prescripción adquisitiva, el artículo 35 LH sustituye el justo título por la inscripción, hay que admitir que la inscripción es un sucedáneo del justo título y que si hay inscripción existe justo título. De esta forma se facilita la exigencia de los artículos 1940 y 1952 CC de que el justo título exista (y la exigencia del artículo 1954 CC de que el justo título quede probado). En cambio, no queda en absoluto suprimida la exigencia del artículo 1953 CC de que el título sea verdadero y válido. Si hay inscripción hay justo título y éste queda probado, mas por el hecho de que exista inscripción no existe un título que sea verdadero y válido. En consecuencia, cuando la inscripción registral es nula por haber sido nulo y falso el documento que le dio origen, puede haber un título justo para la usucapación, pero no hay nunca un título verdadero y válido. La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (artículo 33 LH). Y una inscripción que sea ella misma nula no puede producir efectos ni en el mundo registral ni en el extrarregistral. Ninguna usucapación ordinaria, y por consiguiente tampoco la usucapación registral, corrige o rectifica los vicios o defectos del título que consisten en su nulidad radical o en su inexistencia. La usucapación ordinaria corrige el defecto consistente en la falta de la titularidad del transmitente cuando el adquirente ha adquirido en virtud de un negocio en sí mismo válido y verdadero. No hay tampoco ningún inconveniente para admitir que la usucapación ordinaria corrige también aquellos defectos del título adquisitivo determinantes de su impugnabilidad, mera anulabilidad o resolución. Pero en ningún caso la usucapación ordinaria corregirá un defecto de inexistencia o de nulidad radical del título adquisitivo (DÍEZ-PICAZO, 2008, III, 846 y 847).

No parece que la intención del legislador haya sido la de establecer en el artículo 35 LH una presunción *iuris tantum* de justo título, por dos razones: a) La expresión «será justo título la inscripción» es muy clara, máxime en el contexto de la LH, la cual maneja frecuentemente las presunciones y, sin embargo, ha eludido tajantemente en este caso la idea de presunción. Ante esos términos claros y rotundos del artículo 35 LH, que excluyen la idea de presunción, no puede el intérprete otorgarle un significado diverso; b) la cuestión queda todavía más clara si se examina el resto del precepto, pues, a continuación, el legislador sí que emplea la expresión «presunción» para referirse a los caracteres de la posesión, no haciéndolo, en cambio, cuando alude al «justo título». Por tanto, atendiendo al contexto del precepto y a sus propios términos, queda aclarado el sentido de la expresión «será justo título la inscripción», en el sentido de excluir la idea de presunción (GARCÍA GARCÍA, 1997, 1715 y 1716).

Lo contrario supone vaciar de contenido al artículo 35, pues si entendemos que éste se limita a establecer una presunción de justo título y de los caracteres de la posesión, estaríamos eliminando los efectos de la inscripción en la usucapación ordinaria, reduciendo el precepto, en relación con el justo título, a una simple reiteración de lo dispuesto en el artículo 38 LH, lo cual no tiene sentido.

No puede decirse que otorgar a la inscripción el valor de justo título violento nuestro sistema civil e hipotecario por ir más allá de lo que permite el principio de legitimación, pues –afirman ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO (2008, II-2.º, 430 y 431)– «nada de esto es cierto, porque lo sería si aquellas palabras del artículo 35 dotaran a la inscripción de una fuerza invulnerable, pero no es así, porque precisa no olvidar que la inscripción hace las veces de título en tanto ella subsista y no impide, por tanto, que el *verus dominus* ejercite su acción reivindicatoria o confesoria y logre en consecuencia su cancelación en tanto la usucapión no se haya consumado. Por esto, el error de la teoría de Sanz, y de todos sus seguidores, radica en la confusión entre esta posibilidad de impugnar la inscripción que hace de *iusta causa usucapionis* y la prueba en contrario enervadora de las presunciones *iuris tantum*, olvidando que allí la impugnación es directa, mientras que aquí es sólo indirecta, pues en la presunción legal *iuris tantum* la norma viene a disponer que en caso de duda prevalecerá una solución determinada mientras no se demuestre lo contrario, constituyendo tan sólo el juego de un desplazamiento del *onus probando* para desvanecer la presunción legal, cosa que de ninguna manera ocurre en nuestro caso».

Entiendo, por tanto, que es la eficacia de la inscripción –y no del título, que puede no existir o ser inválido– durante un lapso de tiempo sin haber sido contradicha la que determina los efectos de la prescripción adquisitiva. En efecto, la inscripción puede ser impugnada por defectos del título material inscrito, pero para que impida los efectos de la usucapión habrá de producirse antes de la consumación de ésta, pues si la impugnación se formula una vez transcurrido el plazo prescriptivo la inscripción ya habrá cumplido la función que el artículo 35 le asigna de justo título para la adquisición del derecho por parte del titular registral.

Dicho lo anterior, no comparto opiniones como la de ALBALADEJO (1992, 29 y 30) que, tras defender la equivalencia entre inscripción y justo título, concluye que con ambas teorías se llega a idénticos resultados: «se acaba admitiendo que hay que destruir la inscripción para que venga a faltar el título, o la presunción de título como prefieren decir otros, (...) puesto que ciertamente defendieron que la inscripción es título, pero sólo mientras subsiste, y ni a ellos antes ni ahora a otros, se les ha ocurrido mantener que valga como título una vez destruida. En definitiva, resulta que se llega a la misma conclusión, después de tanta teoría y construcciones para atacar lo que desde un principio dijeron los que mantuvieron que la inscripción es título, y no presunción de él, pero que lo es sólo mientras subsiste».

En cuanto a la jurisprudencia, ésta no ha seguido un criterio unánime y se ha pronunciado en sentidos diversos.

Algunas sentencias han defendido la equivalencia entre inscripción y justo título. Una de las primeras fue la STS 22-2-1969 (RJ 1969, 195), pero debe destacarse, por su importancia y por la influencia que ha tenido en posteriores resoluciones, la STS 11-11-1969 (RJ 1969, 5168). Analizando el artículo 35 LH, dice que éste «concretamente se refiere a la prescripción adquisitiva *secundum tabulas*; mas, en orden al contenido del precepto legal, debe destacarse primeramente que dentro

de nuestro sistema registral, a diferencia de otras legislaciones, no se admite en forma pura la usucapión tabular, o sea, la exclusivamente apoyada en el Registro y sin el concurso de la posesión efectiva, de manera que por la simple permanencia de la inscripción en los libros del Registro se opere la usucapión; mas también ha de señalarse que, dada la redacción del mencionado artículo, la inscripción debe estimarse equivalente a justo título para usucapir, pues así lo dice terminantemente el mismo artículo 35, aunque esto no implica que sea título inatacable; pero, por otra parte, el propio precepto analizado contiene dos presunciones *iuris tantum*, como tales susceptibles de prueba en contrario, pues, en efecto, según su texto, se presume la posesión pública, pacífica e ininterrumpida como también se presume la buena fe, lo cual no quiere decir que se tenga como acreditada una y otra en virtud de la mera inscripción, pues ésta realmente se limita a facilitar la usucapión que extra registralmente gana el titular inscrito, proporcionándole una equivalencia de justo título apto para prescribir y favoreciéndole con unas presunciones *iuris tantum*» (considerando 9.º). Además, confirma los razonamientos de la sentencia recurrida cuando sostiene que «conforme a los términos del repetido artículo 35 LH, a la vista de los mismos es indudable que dicho precepto equipara la inscripción, aunque adolezca de vicios sustanciales o formales, al justo título, de tal manera que una vez lograda aquélla adquiere independencia y sustantividad propia para funcionar como título hábil o idóneo dentro de la mecánica de la prescripción ordinaria de la propiedad» (considerando 10.º) [vid., en el mismo sentido, SSTS 28-3-1980 (RJ 1980, 1231), 27-5-1991 (RJ 1991, 3936) y 26-2-1999 (RJ 1999, 1416)].

Otras sentencias se han decantado por considerar que el artículo 35 LH establece, simplemente, una presunción *iuris tantum* de justo título para la usucapión.

La STS 22-6-1972 (RJ 1972, 2748) hace una simple mención de la presunción de justo título, pues el motivo para denegar la consumación de la usucapión fue la falta de posesión efectiva del titular registral. Así, argumentó que «el artículo 35 LH favorece la usucapión que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola, pero para ello no es suficiente que el usucapiente sea titular registral, hace falta, además, «sea poseedor efectivo» ya que en el artículo 35 no se establece únicamente la presunción de justo título en base de la inscripción, sino también, la de que el titular ha poseído...» (considerando 9.º). Con mayor precisión y contundencia se pronuncia la STS 18-6-1992 (RJ 1992, 5324), al afirmar que «la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene, en general, en nuestro Derecho hipotecario carácter declarativo, y el hecho de aparecer registralmente inscrita a nombre de otra persona la propiedad, no envuelve justo título para usucapir, existiendo, tan sólo una presunción *iuris tantum* a su favor, que cede al producirse una colisión entre la situación real y la registral, por la prueba en contrario» (fundamento jurídico 4.º) [vid. SAP León 15-2-2000 (JUR 2000, 3786)].

No se entiende el motivo de la referencia al carácter declarativo de la inscripción, cuestión que, a mi modo de ver, no influye en la interpretación del artículo 35 LH, y no guarda relación con el problema planteado. Ya se ha apuntado que la finalidad del citado artículo es favorecer la usucapión ordinaria; por un lado, otor-

gando a la inscripción el carácter de justo título y, por otro, facilitando la prueba de los caracteres de la posesión necesarios para que se produzca dicha usucapión. La inscripción, por tanto, no es requisito indispensable para el nacimiento del derecho (como ocurre en los supuestos excepcionales de inscripciones constitutivas, en contraposición a los casos de inscripciones declarativas, que conforman la regla general en nuestro sistema hipotecario), sino que simplemente «colabora» en la concurrencia de los requisitos que el CC exige para la usucapión ordinaria, la cual se produce fuera del Registro, aunque con su ayuda. Además, hemos de trasladar aquí las críticas realizadas anteriormente en contra del establecimiento de una presunción de justo título por parte del artículo 35 LH.

Finalmente, debe hacerse mención a un grupo de sentencias que se refieren a la relación entre el artículo 33 y el artículo 35 LH.

Entre ellas cabe citar la STS 4-10-1969 (RJ 1969, 4478). Esta sentencia, en un supuesto de inscripción de venta de bienes de un Ayuntamiento sin cumplir con los requisitos legales de enajenación de tales bienes, entiende que, al existir nulidad absoluta de la transmisión, no es aplicable el artículo 35 LH, por referirse éste solo a los actos anulables, rescindibles o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical: «A no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque sea 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) o 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 susceptibles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical. (...) De ahí que, en el caso de autos, no quepa hablar de prescripción adquisitiva a favor del demandado, por estar afectados de nulidad total e insubsanable, los actos jurídicos que se intentó llevar a cabo, con vulneración de los preceptos legales que, imperiosamente, habrían de ser observados y ello cualquiera que fuese el grado de conocimiento que, de los vicios existentes tuviera el demandado y de la buena o mala fe con que interviniera, ya que, por otra parte y finalmente, no ostenta la cualidad de «tercero» con arreglo a los preceptos de la Ley» (considerando 4.º).

El mismo criterio sigue la STS 13-5-1970 (RJ 1970, 3583), precisando, además, que «el artículo 35 LH tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registral, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien como el actual recurrido fue parte en el contrato que provoca la inscripción» (considerando 4.º).

Dos son las consideraciones de estas sentencias que merecen alguna crítica: 1.ª la inaplicación del artículo 35 LH a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical, y 2.ª la aplicación del citado precepto solamente cuando el titular registral ostenta la cualidad de «tercero» con arreglo a los preceptos de la LH.

El artículo 35 LH representa una matización de lo dispuesto en el artículo 33 LH, pues se reconocen efectos convalidatorios a la inscripción cuando se dan los requisitos que aquel artículo recoge. Ello no supone una contradicción entre ambos preceptos, pues el artículo 35 LH no dice que la inscripción «por sí sola» convalide el acto nulo (que es lo que afirma el artículo 33 LH), sino que, si a la inscripción se le une el plazo de la usucapión ordinaria y la posesión con los caracteres de ésta, presumidos por la inscripción, entonces sí se produce el efecto convalidatorio de situaciones registrales (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 593 y 594). Además, reducir el artículo 35 LH a que haga título a la inscripción de actos y contratos impugnables es relegarlo a un papel inútil, porque, si el título es impugnado, la adquisición se produce, de forma que la usucapión ya no es precisa (ALBALADEJO, 1992, 9).

También haría inútil el precepto limitarlo solo a los terceros que traen causa de una titularidad registrada, pues esos terceros son los del artículo 34 LH, los cuales no necesitan ya de la protección del artículo 35 LH. El error de las sentencias radica en la incorrecta interpretación del término «titular registral», que en la legislación hipotecaria es mucho más amplio que el de «tercero hipotecario» (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 583).

Analizado el papel de la inscripción en la usucapión *secundum tabulas*, debe precisarse que el artículo 35 LH no distingue la clase de inscripción, y comprende, lógicamente al no distinguir, las resultantes de un expediente de dominio o de cualquier otro procedimiento en que no se haya acreditado la existencia de un concreto título material (GARCÍA GARCÍA, 1997, 1731).

La SAP Albacete 1-2-1999 (AC 1999, 3195) sostiene que el artículo 35 LH se refiere a la «inscripción sin carácter limitativo y sin ser excluyente de la conseguida al amparo del 205 LH. (...) Si ello es así, si la escritura del actor es inscrita en 12-5-1984, con efectos iniciales en 12-5-1986, retrotraídos, por falta de impugnación, a la fecha anterior, y los primeros actos contradictorios de los demandados lo son en el año 1997, es obvio que la prescripción adquisitiva se ha producido» (fundamentos jurídicos 2.º y 3.º).

Ahora bien, el artículo 35 LH no opera en los casos de doble inmatriculación, o sea, cuando, como dice la STS 27-5-1991 (RJ 1991, 3936), la finca está también inscrita a nombre de la otra parte. Se genera, en estos casos, una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos [STS 3-6-2011 (RJ 2011, 7368)].

La SAP Zaragoza 5-7-1999 (AC 1999, 6288) afirma que, en los casos de doble inmatriculación, «se produce, según tiene establecido una constante y reiterada Jurisprudencia, la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular [STS 30-12-1993 (RJ 1993, 9900)] quedando neutralizada la protección registral –salvo el caso del tercero hipotecario, no concurrente en el supuesto de autos– que a sus respectivos titulares dispensan las inscripciones contradictorias [SS 27-5-1992 (RJ 1992, 4387) y 28-1-1997 (RJ 1997, 144)], por lo que la demandada no puede hacer valer a su favor y frente al acto la presunción que como titular registral de dichas fincas establece el mentado artículo 35 LH, por lo que no cabe entender vulnerado tal precepto por la Sentencia de instancia al no haber hecho aplicación del mismo» (fundamento jurídico 2.º).

Por último, hemos de señalar que la usucapión se produce conforme al contenido del asiento. Así, la STS 13-7-1995 (RJ 1995, 5963), en la que se discutía la adquisición por usucapión de un sótano que había construido el titular registral de un local, declaró la inaplicación del artículo 35 LH por faltar «el justo título, en una significación estricta del mismo, en cuanto que ni en el título constitutivo del local, ni en la inscripción registral del mismo, ni en el título transmisivo a favor de ese titular, figura mención alguna sobre el sótano existente en aquél, con lo cual, la prescripción que, al parecer tendría que entrar en juego sería la del artículo 1959» (fundamento jurídico 7.º).

2. PRESUNCIONES POSESORIAS

Como decía, el artículo 35 LH facilita la usucapión ordinaria presumiendo que el titular registral «ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento», que son los requisitos que el Código Civil exige para la usucapión ordinaria (artículos 1940 y 1941 CC). Estas presunciones admiten prueba en contrario.

ROCA I TRÍAS (1979, 40 y 41) entiende que 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 usucapión. Además, en su opinión, no puede llegarse a la conclusión de que dicha presunción de posesión podría venir de la aplicación a este supuesto de los efectos de la posesión tabular del artículo 38 LH, «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 [*sic*]; pero cuando dicho titular no lo es real, porque se trate de un simple titular *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 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 a favor de un titular registral al que la propia Ley con-

sidera poseedor *ad usucapionem* y consecuentemente deberá ser poseedor real si quiere llegar a adquirir el derecho».

Sin embargo, GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 601), con mejor criterio, considera que el significado de la omisión, por parte del artículo 35, a la presunción de la posesión «en concepto de dueño» hay que buscarlo en «la equivalencia –que no presunción– entre inscripción y justo título, que determina ineludiblemente que la posesión derivada de la inscripción sea en el concepto o título que resulta de la propia inscripción, sin necesidad de ninguna presunción en este aspecto. Es decir, el titular registral ha de poseer con las características que exige el artículo 35 LH, presumidas por la inscripción, pero no hace falta que se diga que ha de poseer en concepto de dueño o de titular, ni hace falta establecer ninguna presunción en este aspecto, porque dicho concepto de dueño o de titular resulta directamente de la inscripción como equivalente al justo título. No obstante, en el supuesto de que se entendiera que el justo título que la inscripción implica no determina necesariamente una posesión en concepto de dueño, cabría todavía acudir a la presunción del artículo 38 LH como precepto supletorio respecto a que la inscripción implica presunción de posesión «en la forma determinada por el asiento respectivo», es decir, en concepto de titular tal como figura inscrito».

Parece claro que la finalidad del artículo 35 LH no es establecer únicamente una presunción de los caracteres de la posesión, sino establecer, además, una presunción de la posesión misma, al decir que «se presumirá que aquél (el titular inscrito) ha poseído...». Pero lo que no ofrece duda es que al titular inscrito, como tal, le resulta aplicable el artículo 38 LH. Según el apdo. 1.º de este artículo, «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos». Establece una presunción de exactitud del Registro relativa a la existencia y pertenencia del derecho que ha de ser respetada por todos mientras no se demuestre la inexactitud de la situación proclamada por el Registro. Estamos, pues, ante una presunción *iuris tantum*, cuya consecuencia más importante es la inversión de la carga de la prueba. Pero debe tenerse presente que, según el artículo 1.3 LH, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y «producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley». Por ello, la presunción solo puede ser destruida cuando el impugnante, además de probar la inexactitud del asiento, ejercite una acción de rectificación ante los Tribunales con el fin de modificar su contenido.

En cuanto al alcance de esta presunción, en lo que aquí nos interesa, ésta se extiende a la titularidad o pertenencia del derecho en la forma determinada por el asiento respectivo. Se presume que el titular registral es el verdadero titular del derecho, con el contenido que figure en el asiento. La presunción de exactitud produce la importante consecuencia de legitimar al titular registral para el ejercicio del derecho y, consecuentemente, para la realización de actos dispositivos de éste. Pero la presunción de exactitud se extiende, además, a la posesión; es decir,

se presume que el titular registral es poseedor de la finca, en la medida del derecho que tiene inscrito. La posesión que se presume es la posesión en concepto de dueño. A la fuerza legitimadora del Registro se agrega, por vía de presunción, la fuerza legitimadora de la posesión en concepto de titular del derecho real correspondiente, y, en consecuencia, el titular registral puede ejercitar las acciones posesorias y consumir la prescripción si dicha posesión continúa durante los plazos establecidos por la Ley.

Tiene declarado la jurisprudencia que «en nuestro Derecho hipotecario no se admite de forma pura la usucapición *secundum tabulas* sino que requiere la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir, sin que sea suficiente la presunción derivada de la legitimación registral, pues se trata de una presunción *iuris tantum* susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario» [vid. SSTs 28-1-1978 (RJ 1978, 227) y 8-5-1992 (RJ 1992, 3890)]. Así mismo, sostiene que «no cabe duda que en nuestro Derecho la inscripción no viene configurada, por regla general, como una inscripción de naturaleza constitutiva. En esta línea, también cabe pensar que la regulación registral está principalmente orientada a otorgar su protección a los terceros adquirentes. Sin embargo, la generalidad de estos postulados no determina que la inscripción resulte simplemente declarativa con una función meramente informativa probatoria respecto de los derechos de los terceros, sino que otorga, también, una especial protección al titular inscrito (...) esta especial protección se infiere de los artículos 35 y 38 de la Ley hipotecaria que contemplan, respectivamente, la denominada usucapición *secundum tabulas*, y el principio de legitimación registral derivado de la presunción de exactitud del Registro, de forma que se opera un «reconocimiento posesorio» que permite acceder a su titular ya a una tutela interdicial, bien a la posesión hábil para usucapir y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica. No obstante, como puntualización esencial debe señalarse que la protección dispensada en virtud de dicho reconocimiento posesorio queda establecida, conforme a la usucapición *secundum tabulas*, mediante una presunción «iuris tantum», de suerte que debe de haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción» [SSTS 11-7-2012 (RJ 2012, 10117) y 15-1-2013 (RJ 2013, 2915)].

Confirma, por tanto, la aplicación del artículo 38 LH a la usucapición *secundum tabulas* del artículo 35 LH: se presume que el titular registral posee la cosa a los efectos de la usucapición, pero, al tratarse de una presunción *iuris tantum*, podrá desvirtuarse demostrando que aquél no tenía la posesión efectiva, en cuyo caso no podrá beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 35 LH.

A este respecto, la SAP Murcia 14-4-2003 (JUR 2003, 238941) sostiene que «el significado de los artículos 35 y 38 LH son claros: la condición de titular registral se ve favorecida por dos presunciones: la de que ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y del de sus antecesores de quienes traiga causa, y la de presumir que por haber inscrito el dominio de un inmueble, tiene su posesión. Y como la presunción posesoria se basa en la inscripción, para destruirla definitivamente es necesario impugnar con éxito la inscripción misma, y no el hecho posesorio. Mientras no se impugne

con eficacia la inscripción, la posesión sigue vigente, y el hecho de que el titular registral no sea poseedor no hace inexacto el Registro, pues este no publica la posesión y se limita a presumirla. Mas como para impugnar la inscripción con éxito es preciso que ésta sea nula o de algún modo impugnabile, si no lo es, aunque el titular no posea, no podrá impedirse la vigencia de la inscripción. La Ley no presume que el titular registral esté, necesariamente, en contacto físico con la finca, pues también es poseedor (mediato) el dueño que la da en arriendo. Lo que presume la legislación hipotecaria es sencillamente que el titular registral tiene la posesión civil, en el sentido que los artículos 430 y ss. CC dan a este concepto. Ciertamente que la ley no pretende imponer una apariencia formal sobre una material y que esta intervención legal presuntiva no puede contradecir los hechos, por lo que habrá de mantenerse la prevalencia de la presunción de propiedad derivada de la posesión real de la finca, sobre aquélla otra que arrastra toda su eficacia de la inscripción» (fundamento jurídico 3.º) [vid., también, SAP Pontevedra 2-6-2011 (JUR 2011, 267248)].

Respecto de la presunción de ser pública la posesión, debe hacerse alguna precisión. Desde el momento en que el derecho del que se deriva la situación posesoria se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, con la publicidad que ello implica, difícilmente podrá desvirtuarse dicha presunción. El titular inscrito podrá tener posesión o no, pero, si la tiene, es evidente que es públicamente, sin que pueda haber vicio de clandestinidad (SANZ FERNÁNDEZ, 1946, 278). En este sentido, se puede llegar a la conclusión de que, aunque la formulación del artículo 35 LH es como presunción, en el fondo el carácter público opera como característica esencial definitoria de la posesión de un titular registral (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 602).

En cuanto a la presunción de buena fe, puede estimarse redundante ya que, en materia de posesión, aunque ésta sea una posesión *ad usucapionem*, el artículo 434 CC siempre presume *iuris tantum* que es de buena fe. No obstante, para desvanecer posibles dudas que hubiera podido suscitar su silencio, es acertado —opina ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO (2008, II-2.º, 434)— que el artículo 35 no haya pasado por alto este requisito de la buena fe en la posesión.

En definitiva, debe tenerse en cuenta que lo que presume el artículo 35 LH es la posesión *ad usucapionem* en la realidad jurídica extrarregistral del titular inscrito (usucapición *secundum tabulas*), no bastando la vigencia de la inscripción, sin posesión extrarregistral, aunque dure el tiempo para consumir la usucapición (usucapición meramente tabular), es decir, como sostiene la STS 11-6-2012 (RJ 2012, 10117), la inscripción «sirve de refuerzo de una posible usucapición extrarregistral, pero de ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapición» [vid., en el mismo sentido, STS 15-1-2013 (RJ 2013, 2915)]. Por tanto, con la existencia de una inscripción vigente durante el plazo de la usucapición ordinaria se produce y consume la usucapición, siempre que no se demuestre la falta de posesión o la falta de los requisitos de ésta durante aquel plazo.

3. CÓMPUTO DEL PLAZO

Para el cómputo del plazo de la usucapión, el actual titular registral puede unir al tiempo de vigencia de su asiento el de sus antecesores de quienes traiga causa (artículo 35, *in fine*, LH). Por tales hay que entender quienes figuran en el Registro como titulares del derecho que éste publica en virtud de una inscripción indebida y que, precisamente por ello, necesitan de la usucapión, no siendo computable el tiempo de vigencia de las inscripciones regulares en favor de los verdaderos titulares del derecho o en favor de quienes, por razón de la protección de la publicidad registral, han realizado una adquisición *a non domino*.

En este punto, el artículo 35 LH concuerda con el artículo 1960.1.ª CC, el cual permite al poseedor actual «completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo el suyo al de su causante», pero, al presumir que el titular inscrito ha poseído durante el tiempo de la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa, alivia la dificultad probatoria que en la realidad extrarregistral puede suponer para el titular registral la determinación de la duración de la posesión de su causante, pues basta con atender a las fechas de las inscripciones respectivas.

Como puede observarse, aun cuando, para el cómputo del plazo, el titular registral pueda unir al tiempo de vigencia de su asiento el de sus antecesores de quienes traiga causa, la presunción de posesión hábil para la usucapión durante ese plazo la establece el artículo 35 LH a favor de dicho titular registral, de ahí que DE COSSÍO (1986, 255) afirme que «la buena fe que aquí se exige es solo la del titular actual, y no la de sus causantes»; no obstante, la STS 30-6-2010 (RJ 2010, 5692) sostiene que la presunción del citado precepto «no ampara la situación de la ahora recurrente pues la posesión se presume que es de buena fe, pero en el presente caso se desprende con claridad de los hechos probados –y así lo considera la Audiencia recurrida– que tal presunción ha quedado destruida en tanto que, con independencia de la calificación que mereciera la actuación de la recurrente (...), no puede considerarse de buena fe la posesión de su causante y, en consecuencia, no puede entenderse cumplido el plazo de prescripción adquisitiva ordinaria a favor de dicha recurrente».

En este sentido, GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 603) mantiene que la interrupción judicial de la posesión «se produce cuando el titular registral haya sido demandado, lo que respecto a él no exige que se practique ninguna anotación de demanda, sino únicamente la citación a juicio. Ahora bien, respecto a ulteriores adquirentes del titular registral, que desconocieran la existencia de tal demanda, sólo podría considerarse interrumpida la posesión presumida por el asiento, cuando tuvieran conocimiento de tal demanda, o cuando se hubiera practicado la anotación preventiva de la demanda en el Registro». Según la RDGRN 12-12-2006 (RJ 2006, 9703), «determinadas anotaciones preventivas de demanda, como la de acción reivindicatoria o declarativa de dominio, suspenden las presunciones que, a efectos de la usucapión *secundum tabulas*, establece el artículo 35 LH».

Finalmente, dice Díez-PICAZO (2008, III, 844) que «la presunción de posesión hábil para la usucapión que el artículo 35 LH establece se enmarca dentro de unas coordenadas temporales. Se presume tal posesión durante el tiempo de vigencia del asiento correspondiente en favor del titular inscrito o usucapiente, así como de aquellos de sus antecesores de quienes traiga causa. No hay, pues, en el artículo 35 LH, una unión de posesiones, sino el vínculo jurídico propio de una adquisición derivativa («antecesores de quienes traiga causa»)».

En conclusión, el artículo 35 LH –como al principio se indicó– se limita a facilitar una usucapión que opera fuera del Registro. Su finalidad es acortar, a través de la inscripción y de la presunción de los caracteres de la posesión, el largo plazo de treinta años de la usucapión extraordinaria.

§3. USUCAPIÓN LIBERATORIA «SECUNDUM TABULAS»

Tiene lugar siempre que el titular registral *posea como libre*, durante el plazo de la usucapión, una finca gravada con cargas que no figuran inscritas en el Registro.

La equivalencia de la inscripción al justo título, según el artículo 35 LH, facilita la usucapión liberatoria *secundum tabulas*, pues si de las inscripciones registrales no resulta la finca gravada con ninguna carga, el justo título que representa la inscripción comprende también la libertad de cargas del inmueble a efectos de usucapión. Y la presunción de posesión del propio artículo 35 LH se refiere, en este caso, salvo prueba en contrario, no solo a la posesión de la finca, sino también a la extensión con que figura en el asiento respectivo del titular registral y de los antecesores de quienes traiga causa (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 610).

§4. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA «SECUNDUM TABULAS»

El supuesto más frecuente tiene su origen en la cancelación indebida de un derecho real sobre cosa ajena. Se produce entonces una inexactitud registral, que se subsanará si el derecho real, cuyo asiento ha sido cancelado, se extingue por la prescripción extintiva de éste producida extrarregistralmente y, por tanto, exclusivamente conforme a las normas del CC, sin apoyo en los datos del Registro. Por esta razón, la LH no regula el supuesto.

Artículo 36.

Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consu-

mada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

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

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

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

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

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de 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.

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

COMENTARIO

Blanca SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

SUMARIO.—§1. INTRODUCCIÓN. §2. USUCAPIÓN «CONTRA TABULAS». 1. Usucapión frente al titular registral que no tenga la condición de tercero. 2. Usucapión frente al titular inscrito que

tenga la condición de tercero conforme al artículo 34 LH. 2.1. Usucapión consumada al tiempo de la adquisición por el tercero. 2.2. Usucapión que puede consumarse dentro del año siguiente a la adquisición por el tercero. 2.3. Usucapión simplemente comenzada. §3. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA «CONTRA TABULAS». §4. USUCAPIÓN LIBERATORIA.

§1. INTRODUCCIÓN

Como ya se expuso en la introducción del comentario al artículo 35 LH, de esta misma obra, dicho precepto y el artículo 36 LH, objeto de comentario, tienen como finalidad armonizar la prescripción con el Registro de la Propiedad, procurando equilibrar los intereses en juego. Mientras que el primero de los artículos citados se ocupa de la usucapión *secundum tabulas*, el segundo, el 36, regula la prescripción contra el Registro (*contra tabulas*) y hemos de distinguir, en su redacción, entre prescripción adquisitiva o usucapión *contra tabulas*, prescripción extintiva *contra tabulas* y la usucapión liberatoria (*usucapio libertatis*). Además, debe tenerse presente que las normas específicas contenidas en el artículo 36 LH «no suponen que deje de quedar encomendada a los preceptos del Código Civil la materia concerniente a los requisitos intrínsecos de la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales, pues esa materia es ajena a la del Derecho Hipotecario, al que únicamente interesan los requisitos específicos que han de concurrir para que la usucapión producida al margen del Registro de la Propiedad pueda prevalecer frente a los adquirentes normalmente protegidos por la fe pública registral» [SAP Cádiz 17-5-2007 (AC 2007, 2397)].

§2. USUCAPIÓN «CONTRA TABULAS»

La usucapión contra el Registro se produce cuando una persona —el usucapien-te—, en la realidad extrarregistral, adquiere por usucapión el derecho que figura inscrito en el Registro a favor de otra persona, que es el usucapido en el proceso posesorio, pues, como tiene declarada la DGRN, «la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral, pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del Derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad. La prescripción extraordinaria se consume por el transcurso del tiempo con los requisitos legalmente establecidos, pero aun cuando para buena parte de la doctrina opera de forma automática, no puede ser declarada por el juez de oficio sino que necesita de un procedimiento que culmine con su declaración» [Vid. RRDGRN 22-10-2015 (RJ 2015, 6042), 3-12-2015 (RJ 2015, 6349), 9-12-2015 (RJ 2105, 6351), 3-4-2017 (RJ 2017, 2339), 7-3-2018 (RJ 2018, 137) y 29-5-2018 (RJ 2018, 2505)].

Una de las cuestiones más discutidas en torno al artículo 36 LH ha sido la relativa a si, al regular la usucapión *contra tabulas*, se refiere tanto a la usucapión

ordinaria como a la extraordinaria, o únicamente a esta última, y ello debido a la existencia de un precepto en el CC, el artículo 1949, que parece entrar en colisión con el citado artículo 36 LH, cuyo texto es el siguiente: «Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo». El problema reside, fundamentalmente, en la necesidad de inscripción del título del usucapiente (que determinará el inicio del cómputo del plazo) para que tenga lugar la usucapción ordinaria contra el Registro en perjuicio de tercero, exigencia que el artículo 36 LH no recoge.

Para un amplio sector de la doctrina, la actual regulación del artículo 36 LH ha derogado implícitamente el artículo 1949 CC, en cuanto son incompatibles [p. ej., ROCA I TRÍAS, 1979, 53; ALBALADEJO GARCÍA, *Com. Edersa*, XXV-1.º, 295; GORDILLO CAÑAS, 2002, 435 a 437, y SANCIÑENA ASURMENDI, 2009, 271. *Cfr.*, también, SAP Cantabria 20-1-2004 (JUR 2004, 168969), SAP Islas Baleares 30-12-2010 (AC 2011, 1718) y SAP Murcia 29-11-2013 (JUR 2014, 24230)]; de manera que este artículo debe interpretarse a la luz del artículo 36 LH [SAP Pontevedra 26-4-2006 (AC 2006, 820)]. Así, aun cuando no haya habido una derogación expresa, el artículo 36 LH modifica el 1949 CC al suprimir de este último el requisito de que esté inscrito en el Registro de la Propiedad el título del usucapiente ordinario (SERRERA CONTRERAS, 2005, 878).

En contra, otros autores sostienen que el artículo 36 LH no deroga el artículo 1949 CC, sino que ambos preceptos contemplan ámbitos de aplicación distintos: la usucapción ordinaria no tendrá lugar en perjuicio de tercero sino con las condiciones señaladas en el artículo 1949 CC, de modo que este último precepto se aplicará para la usucapción ordinaria, y el artículo 36 LH para la extraordinaria (PETIT SEGURA, 1992, 451), o sea, aquél precepto acota o delimita ciertos efectos de una interpretación desmesurada de éste (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 633); incluso, interpretando el artículo 1949 CC, se ha llegado a proponer una redacción de este precepto en los siguientes términos: «contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero» (GALLEGO DEL CAMPO, 2004, 2672 y 2681 y ss.), es decir, la prescripción ordinaria no perjudica a tercero hipotecario, toda vez que lo referente a la inscripción del justo título del poseedor no tiene posibilidad legal (VILLARES PICÓ, 1947, 416). (Sobre las distintas posiciones doctrinales al respecto, *vid.* FENOY PICÓN, 2002, 3781 y ss.).

En cuanto a la jurisprudencia, aun cuando no ha sido muy esclarecedora en este punto, parece decantarse por esta segunda posición. Cabe resaltar la STS 31-3-1992 (RJ 1992, 2314), que ha servido de argumento a la mayoría de los autores que defienden la vigencia del artículo 1949 CC: «Nos encontramos por tanto frente a una usucapción contra tabulas, ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca, por aquél que se dice poseedor sin título inscrito, y datando su posesión de una fecha posterior a la inscripción registral del titular protegido. Tanto la doctrina científica, como la jurisprudencia interpretativa de los preceptos sustantivos,

son terminantes en la materia: declaran la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles, frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales. O dicho de otro modo, en contra del tercero, el art. 1949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria contra tabulas, admitiéndola sólo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente; valiendo la posesión anterior, sólo a efectos de la prescripción extraordinaria. Esta doctrina aparece clara y terminante en los textos legales, así como en la interpretación jurisprudencial, habiendo intentado oscurecerla la parte recurrente, al desvirtuar el concepto del «tercero» que el legislador ha querido señalar para estos casos. Los arts. 462 y 1949 del Código Civil se refieren a la prescripción ganada «en perjuicio de un tercero», y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sea pensando en el concepto de «tercero hipotecario», de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe ser así, pues ambos conceptos sustantivos se están remitiendo «a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» (art. 462), y a los efectos a producir «contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 1949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del art. 36 de la Ley de Hipotecas, cuando textualmente se refiere «a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al art. 34»; requisitos que sitúan a esta concreta figura del tercero en una posición privilegiada, pues cuando no concurre en él tal condición, la prescripción adquisitiva del poseedor del inmueble opera aunque éste no tenga inscrito su título adquisitivo, con arreglo a lo que disponen las normas generales contenidas en los arts. 447, 1930, 1940 y 1957, todos del Código Civil; carácter normal o común del prescribente que sanciona el art. 36.3 de la Ley Hipotecaria, en contraposición con las especiales exigencias y condiciones requeridas para la defensa del tercer hipotecario, que anteriormente hemos señalado». [En el mismo sentido, SSTS 19-7-1999 (RJ 1999, 5052) y 28-12-2001 (RJ 2002, 3090)].

La cuestión ha sido resuelta, definitivamente, por la STS 21-1-2014 (RJ 2014, 531) que, siguiendo el criterio de la doctrina mayoritaria, se decanta por la derogación del artículo 1949 CC por el artículo 36 LH. En el caso, habiendo alegado el recurrente en apelación la adquisición por usucapción ordinaria *contra tabulas* de un inmueble, la Audiencia declaró, citando expresamente la STS de 19 de julio de 1992, vista anteriormente, que no cabía admitir tal modo de adquirir, puesto que se trataba de una prescripción ordinaria que, según el artículo 1949 CC, requería que el usucapiente, a su vez, tuviera título inscrito a su favor, sin plantearse el problema de la actual vigencia de dicha norma, cuestión que, en el recurso de casación, el Tribunal Supremo sí se plantea y resuelve en los siguientes términos:

«Pues bien, aun cuando esta Sala ha hecho mención del artículo 1949 del Código Civil en sentencias como las de 28 de febrero de 2001 (SIC) (RJ 2002, 3090) y 20 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1892), sin descartar su vigencia, lo ha hecho de modo incidental pues en los casos allí contemplados no dependía de su aplicación el resultado del proceso, lo que no ocurre en el presente ya que la «ratio deciden-

di» de la sentencia hoy impugnada viene dada precisamente por la aplicación al caso de dicho precepto. Ello conduce a esta Sala a adoptar una posición respecto de su actual vigencia.

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

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

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

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

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

En el primer caso, la solución viene a coincidir con la del anterior artículo 35 LH pues se dice ahora que *«en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la condición de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil»*; pero no sucede igual en el segundo supuesto para el que, sin distinción entre usucapión ordinaria y extraordinaria, se contiene una nueva regulación sobre la eficacia de la prescripción adquisitiva en perjuicio de tercero hipotecario, pues ahora no se exige que el usucapiente tenga inscripción alguna a su favor, sino que adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación

posesoria «ad usucapionem». En tal caso prevalece contra el «tercero hipotecario» la prescripción adquisitiva ya consumada en el momento de la adquisición, o que pueda consumarse dentro del año siguiente, en dos supuestos: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y b) Cuando, fuera del caso anterior, el «tercero hipotecario» consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición.

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

(...) Lo razonado hasta ahora comporta que no se pueda mantener la argumentación de la sentencia recurrida favorable a la vigencia del artículo 1949 del Código Civil y que haya de plantearse la resolución de la cuestión que se discute bajo el prisma de la aplicación de la normativa contenida en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria» (Fundamentos de Derecho 2.º y 3.º) (*vid.* comentario de RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2014, 1943 y ss., y VÁZQUEZ GARCÍA, 2014). En el mismo sentido se pronuncia la STS 1-3-2016 (RJ 2016, 927).

Por lo tanto, «para que prevalezca la prescripción sobre el registro (...) es preciso que previamente se haya acreditado que se ha adquirido la propiedad por usucapión ordinaria o extraordinaria» [SAP Córdoba 7-4-2006 (JUR 2006, 231170)]. Para la acreditación de una u otra forma de usucapión habrá que estar a lo dispuesto en el CC. Es evidente que la ordinaria reclama más requisitos que la extraordinaria, circunstancia que ha llevado a distintas soluciones doctrinales: la de aquéllos que consideran que el supuesto del artículo 36 LH cabe si se dan los requisitos civiles de la usucapión ordinaria, no habiendo motivo para que no se den, incluida la buena fe (ROCA I TRÍAS, 1979, 58-59; PETIT SEGURA, 1992, 451; ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL Y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 445-447); la de quienes entienden que entre esos requisitos se incluirá la diligencia en el conocimiento de la situación registral de la finca, y, al igual que se le exige al tercero cierta diligencia para conocer o poder conocer la situación posesoria de la finca, diligencia parecida se le debe reclamar al usucapiente para conocer la situación registral (NÚÑEZ LAGOS, 1945, 447-448; DE LA RICA Y ARENAL, 1949b, 558): esa situación registral acredita que no ignora que posee de forma indebida, lo cual dificulta la buena fe (VILLARES PICÓ, 1947, 425-426), y la de los que opinan que la vigencia del artículo 1949 CC, que rechaza la usucapión ordinaria *contra tabulas*, impide aplicar el artículo 36 LH a los supuestos de usucapión ordinaria, pues falta la buena fe del usucapiente que, dada la finalidad y efectos del Registro, ha conocido o podido conocer la titularidad contraria a su posesión (AZPIAZU RUIZ, 1945b, 327, 329-330, *idem*, 1946, 729 y ss.; GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 641 y ss.).

Esta materia la regula el artículo 36 LH, sobre la base de estas dos posibles situaciones: A) usucapión frente al titular registral que no tenga la condición de tercero, y B) usucapión frente al titular inscrito que tenga la condición de tercero conforme al artículo 34 LH. El ATSJ de Cataluña 14-9-2018 (RJ 2018, 4812), con cita de las SSTs 22-5-2008 (RJ 2008, 3166), 8-10-2014 (RJ 2014, 5784) y 19-5-2015 (RJ 2015, 2612), sostiene que la cabal interpretación del art. 36 LH «parte de la crucial distinción entre la posición del titular inscrito que no tenga la condición de tercero, respecto del cual la usucapión *contra tabulas* opera sin condicionantes, como proclama el tercer párrafo del artículo 36 LH con su remisión global a «la legislación civil», y la del titular inscrito que ostente esa cualidad con arreglo al artículo 34 LH (adquirente de buena fe a título oneroso de quien aparece en el Registro como titular del derecho transmitido), frente a quien, a modo de excepción, la usucapión consumada o la que pueda consumarse en el año siguiente a su adquisición «prevalecerá» si concurre uno de los dos supuestos del primer párrafo del artículo 36 LH: sea porque conociere o tuviere medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar la adquisición, el hecho de la posesión en concepto de dueño desarrollada por una persona distinta de su transmitente; o sea porque, habiendo ignorado esa posesión hasta entonces, la hubiera consentido expresa o tácitamente durante el año siguiente a su adquisición, sin que a tal efecto se exija conducta activa alguna del usucapiente encaminada a dar expresamente a conocer su cualidad al nuevo titular registral» (Fundamento jurídico 3º).

1. USUCAPIÓN FRENTE AL TITULAR REGISTRAL QUE NO TENGA LA CONDICIÓN DE TERCERO

En este caso, el usucapiente inicia y prosigue la posesión *ad usucapionem* frente al titular registral. El proceso jurídico de la usucapión se produce entre las dos partes: usucapiente y usucapido; de ahí que la regulación del proceso deba realizarse por las normas del CC, y ello porque el usucapido no reúne la condición de tercero hipotecario [SAP Pontevedra 26-4-2006 (AC 2006, 820); SAP Castellón 19-10-2010 (JUR 2011, 65870); SAP A Coruña 29-7-2011 (JUR 2011, 337861), y SANCIÑENA ASURMENDI, 2009, 279-280]. En este sentido, si el usucapiente hubiera inscrito la resolución judicial en la que se declara haber adquirido por usucapión o hubiera anotado la demanda en la que pide esa declaración, el tercero no podría inscribir su adquisición al no reunir todos los requisitos del artículo 34 LH, y la cuestión habría de resolverse de acuerdo con las normas de Derecho Civil puro (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 463 y 464).

Por lo tanto, para el caso de que el usucapido no fuera tercero inscrito se recurrirá al criterio adoptado por el artículo 36.3 LH, que dice: «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil» [SAP Zaragoza 21-6-2005 (JUR 2005, 176032)].

No ofrece duda, pues, la posibilidad de la usucapión ordinaria frente al titular registral, ya que la inscripción de los bienes objeto de la usucapión no afecta a la buena fe del usucapiente, salvo que tenga conocimiento efectivo de la titularidad ajena.

Hay que «calificar el título» del usucapiente y computar el plazo con arreglo a la legislación civil, lo que implica que en aquél hayan de concurrir todos los requisitos exigidos por ésta (*vid.* artículos 1952 a 1954 CC). Aquí, como no hay tercero hipotecario, el justo título se califica conforme a la legislación civil, pero, cuando lo hay, entiende GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 642 y 673), *a sensu contrario*, que en las relaciones entre prescribiente y tercero hipotecario ha de calificarse conforme a la legislación hipotecaria, de modo que la inscripción «es justo título», lo que excluye que lo sea el título del usucapiente (*cf.* arts. 35 LH y 1949 CC). Sin embargo, este razonamiento ha perdido el principal argumento en el que se basa: la vigencia del artículo 1949 CC [declarado derogado por STS 21-1-2014 (RJ 2014, 531)].

El titular registral puede defenderse de la usucapión con los medios que el CC le concede (artículos 1944 y ss. CC) y con los que le reconocen las normas hipotecarias (en particular, el artículo 41 LH).

Consumada la usucapión, para que pueda ser inscrita en el Registro es precisa una sentencia declarativa del derecho del usucapiente. En este sentido, la RDGRN 16-1-2017 (RJ 2017, 614) declara que «La sentencia declarativa de dominio por usucapión contra el titular registral será inscribible en el Registro de acuerdo con las normas generales (...). En el presente caso la sentencia se limita a declarar como causa de la adquisición el contrato de compraventa privado, por lo que si efectivamente la declaración de dominio se realiza por razón de usucapión contra el titular registral, debe expresarse así, por cuanto del artículo 609 del Código Civil se infiere que no es posible la adquisición de la propiedad por dos títulos diferentes y los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, disponen que los títulos sujetos a producir asientos en el Registro deberán expresar, entre otras circunstancias, el título por el que se adquiere, determinando así la naturaleza de la adquisición –Resolución de 28 de abril de 2016–. Debe tenerse en cuenta además que, si se aportaron los títulos privados, éstos han debido considerarse por el juez no como títulos perfectos que determinen la adquisición, ya que no se adquiere del titular real sino contra él, sino como justos títulos al solo efecto de calificar la usucapión *contra tabulas* producida como ordinaria y entre presentes, dado el plazo de diez años a que hace referencia la sentencia (artículos 1940, 1952 y 1957 del Código Civil). Para ello se hace imprescindible una aclaración de la sentencia que especifique expresamente si la causa por la que la demandante deviene propietaria de la finca litigiosa, es la usucapión en los términos y con los requisitos recogidos en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, sin que baste a este respecto, que en la sentencia se consideren suficientes, a efectos probatorios, los documentos aportados».

También puede conseguirse la inscripción mediante el expediente de dominio (CONCHEIRO, 2010) o el acta de notoriedad (ROCA I TRÍAS, 1979, 60 y 61, y DE COSSÍO, 1986, 256).

2. USUCAPIÓN FRENTE AL TITULAR INSCRITO QUE TENGA LA CONDICIÓN DE TERCERO CONFORME AL ARTÍCULO 34 LH

Ahora, en el proceso posesorio que se inició y prosigue entre el usucapiente y el titular registral se interpone un tercero que adquiere del titular inscrito el derecho objeto de la usucapición, con los requisitos necesarios para obtener la protección de la fe pública registral.

En este caso, la regulación del artículo 36 LH, «sin olvidar la especial protección que necesita el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe en relación con los pronunciamientos registrales, trata de amparar, también, la posesión continuada a título de dueño y fuera del Registro, o lo que es igual al usucapiente, sin que, en efecto, resulte fácil discernir por cuál de las dos, si la apariencia registral o la realidad civil, en que se desenvuelve la usucapición, opta preferentemente» [SAP León 29-7-2010 (AC 2010, 1982), AZPIAZU RUIZ, 1945b, 320, y Díez-PICAZO, 2008, III, 847]: «de la misma manera que el tercero que adquiere confiado en el Registro debe ser protegido frente a un adquirente por usucapición, también el poseedor que ha poseído durante un tiempo y en condiciones legalmente hábiles para usucapir merecerá adquirir ante la pasividad del titular inscrito» (PETIT SEGURA, 1992, 450). Ahora bien, discute la doctrina si las reglas del artículo 36 LH protegen al usucapiente o al tercero hipotecario. En este sentido, hay quien entiende (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 630 a 636) –atendiendo a la redacción del artículo 36, a su ubicación sistemática y a la realidad social actual– que se puede concluir que ha de optarse preferentemente por el tercero, y de forma excepcional por el usucapiente, y no al revés; pero tampoco falta quien considera que «en el artículo 36 hay una regla general –la prescripción del dominio y de los derechos reales produce sus efectos, incluso frente a los terceros protegidos por la fe pública– y una serie de excepciones a favor de estos terceros protegidos por la fe pública en ciertas circunstancias» (DÍEZ-PICAZO, 2008, III, 848).

Ha señalado la jurisprudencia que estos planteamientos encajarían con lo dispuesto en los artículos 462 y 1949 CC, pues no hay que olvidar que estos artículos «se refieren a la prescripción ganada «en perjuicio de un tercero» y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sea pensando en el concepto de «tercero hipotecario» de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe ser así, pues ambos preceptos sustantivos se están remitiendo «a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» (artículo 462), y a los efectos de producir «contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del artículo 36 de la Ley de hipotecas, cuando textualmente se refiere «a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 «» [STS 31-3-1992 (RJ 1992, 2314); *cf.*, también, STS 28-12-2001 (RJ 2002, 3090) y SAP Pontevedra

26-4-2006 (AC 2006, 820). Por el contrario, entiende PETIT SEGURA (1992, 451) que el artículo 1949 CC «se refiere a los posibles efectos de la usucapición contra tercero distinto del titular inscrito, esto es, un subadquirente». Debe matizarse a este respecto que, según se expuso anteriormente, la STS 21-1-2014 (RJ 2014, 531) declaró la derogación del artículo 1949 CC por el artículo 36 de la LH.

Este contraste entre la protección al tercero o al usucapiente lo resuelve el artículo 36, atendiendo a las distintas situaciones que en él se regulan, de la siguiente manera:

2.1. Usucapición consumada al tiempo de la adquisición por el tercero

Cuando la usucapición esté ya consumada, es decir, cuando el usucapiente haya adquirido extrarregistralmente la titularidad de la finca o derecho correspondiente, el titular registral mantiene su titularidad solo a los efectos del Registro, mientras no se rectifique su contenido con la inscripción de la usucapición consumada, pues en la realidad jurídica extrarregistral el titular inscrito ha dejado de serlo en favor del usucapiente.

Pues bien, si, en esta situación, un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH adquiere el derecho usucapido del titular registral, evidentemente realiza una adquisición *a non domino* (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 633). El artículo 36 LH resuelve la colisión entre usucapiente y tercero en favor de éste, por ser un adquirente protegido por la fe pública registral; ante él la usucapición deviene inoperante, queda sin efecto.

Ahora bien, el artículo 36 matiza lo anterior, y al tercero se le exigen más requisitos que los derivados del artículo 34 LH para mantener su adquisición (SANCÍNE-NA ASURMENDI, 2009, 280 y 287 a 289); así, si «conoció o pudo conocer la verdadera situación de hecho de la finca, o si no habiendo conocido ni pudiendo conocer tal situación posesoria de hecho la consintiera durante todo el año siguiente a la adquisición (...) Dicho de otro modo (...) no puede prevalecer la usucapición cuando se den en ese tercero las siguientes circunstancias: primera, que sea un tercer adquirente que reúna las condiciones que para lograr la protección registral señala el artículo 34 de la Ley; segunda, que, además, no se demuestre que dicho tercer adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, al tiempo de perfeccionarse la adquisición, que la finca o derecho adquirido estaba poseído de hecho y a título de dueño por personas distintas de su transmitente (artículo 36.1.º y 2.º); tercera, que el tercero adquirente no consienta, expresa o tácitamente, esa posesión a título de dueño, base de la usucapición, durante todo el año siguiente a la adquisición (artículo 36.3.º)» [SAP Islas Baleares 30-12-2010 (AC 2011, 1718)]. Es esta acumulación de requisitos lo que ha llevado a considerar al tercero del artículo 36 LH no solo como tercero hipotecario, sino como «tercero pluscuamperfecto» [SAP León 29-7-2010 (AC 2010, 1982), y Díez-PICAZO, 2008, III, 524]: pluscuamperfecto por exigirle más requisitos pero no por reclamarle una diligencia excepcional (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 631. En el mismo sentido, DE REINA TARTIÈRE, 2014, 12).

En consecuencia, si el tercero, aun siéndolo *ex* artículo 34 LH, no cumple con los requisitos que se derivan del artículo 36 LH, debe soportar la usucapión consumada, y su adquisición resultará ineficaz [STS 30-10-1998 (RJ 1998, 8354); SAP Valencia 10-5-2005 (JUR 2005, 163520), y SANCIÑENA ASURMENDI, 2009, 283]. A esta situación se llegará en los siguientes supuestos:

1.º «Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente» [artículo 36.1.a) LH]. Ese conocimiento debe darse, atendiendo a la literalidad del precepto, «antes de perfeccionar su adquisición» (NÚÑEZ LAGOS, 1945, 454 y 455; GALLEGO DEL CAMPO, 2004, 2703, y ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 457 y 458). En este sentido, «la fecha clave que determina la protección al tercero hipotecario que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como principio de fe pública registral es la de la adquisición: «El tercero que adquiera...» dice el texto legal» [STS 27-10-2008 (RJ 2008, 7187)]. En la doctrina, hay quien considera que esa perfección de la adquisición se produce en «el momento en que por haberse conferido, por el título y el modo, la adquisición propiamente dicha del derecho real se ha producido o debido producir completamente» (DE COSSÍO, 1986, 258); en opinión de GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 653 y 654 y 674 a 676), ese momento será el de la tradición instrumental y no podrá ser el de la inscripción; por el contrario, hay autores que consideran que debe ser este último (BÉRGAMO LLABRÉS, 1946, 302 y 303, y SANZ FERNÁNDEZ, 1946, 292). La prueba de demostrar el conocimiento del tercero que aquí se trata le compete al usucapiente (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 631 y 650, y GALLEGO DEL CAMPO, 2004, 2703) y, si lo consigue, prevalecerá la usucapión consumada [STS 10-10-2006 (RJ 2006, 6694)].

Ya se ha dicho que, para poder encuadrar la situación en este supuesto, en el tercero han de concurrir los requisitos del artículo 34 LH. Ahora bien, como también se reclaman los derivados del artículo 36.1.a) LH, serán éstos los que, de algún modo, hagan tambalearse los de aquél —principalmente la adquisición y la buena fe—, y el adquirente pierda la protección registral.

A ese tercero se le exige, para «ampararse en la protección registral (...), la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad de su transmitente (...), por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha negado dicha condición a cuantos tuvieran noticia perfecta de la situación jurídica extratabular del objeto de la enajenación, o de las posibles causas susceptibles de enervar el derecho de su transferente» [SAP León 29-7-2010 (AC 2010, 1982)]. Esa ignorancia o desconocimiento se podrá atribuir a su falta de previsión y diligencia para alcanzar la referida condición de pluscuamperfecto, y por ello deberá soportar que le afecte de forma negativa la usucapión consumada. Se afirma que, en este caso, el tercero ha confiado en exceso en la legitimación registral derivada del artículo 38 LH —que no constituye ninguna verdad a ultranza, sino una simple presunción *iuris tantum*— y ha olvidado informarse sobre el verdadero estado posesorio del inmueble, incurriendo «en «culpa lata», que es al fin, la razón (...) de la

prevalencia de la usucapión frente a la titularidad registral (...) aflorando la que hemos denominado «la decadencia del tercero» [SAP León 29-7-2010 (AC 2010, 1982); *cf.*, también, SAP Las Palmas 15-4-2010 (JUR 2005, 132393)]. Lo difícil es determinar ese exceso de confianza en la legitimación registral, ya que, a efectos de la usucapión, no se puede afirmar que el tercero que confía en el Registro tenga siempre mala fe (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 631); de ahí que se recurra a la culpa *lata*, ya que, si el desconocimiento de la situación real deriva de ella, no cabrá alegar que se ha procurado un mínimo de diligencia a la hora de formar la buena fe (LACRUZ y SANCHO, 1984, III bis, 185): aquí «al conocer se le asimila el deber conocer» (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 453).

Si, en este supuesto, al tercero se le mantuviera en su adquisición frente al usucapiente, se estaría premiando su mala fe: su ausencia de buena fe [SAP Las Palmas 5-5-2008 (JUR 2008, 251840), y NÚÑEZ LAGOS, 1945, 427]. Por ello, al usucapiente, para defender y conservar su adquisición por usucapión, le basta con probar la mala fe («conoció») o culpa *lata* («tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer») del tercer adquirente (PETIT SEGURA, 1992, 452); esto es, que su conducta está «teñida de grave negligencia a tenor de las circunstancias del caso» [STS 22-9-1984 (RJ 1984, 4302)], lo que permite determinar «que conoció la posesión de hecho de la finca, a título de dueño, por persona distinta del transmitente, o que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla» [SAP León 29-7-2010 (AC 2010, 1982)]. Es decir, esa mala fe se apoyará tanto en el conocimiento como en la ignorancia inexcusable (DE COSSÍO, 1986, 258). De ahí que, en ocasiones, el tercero pueda alegar que no conoció ni pudo conocer que «la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente» [*ex* artículo 36.1.a)]; y, en este sentido, «sobre el que participa en la subasta judicial de un piso no puede recaer la carga de comprobar si lo publicado en el Registro coincide exactamente con la realidad, cuando aquél figura inscrito a nombre de una sociedad, en que, por definición, por su carácter de persona jurídica, no ejerce la posesión de hecho. No se puede exigir que averigüe la relación que tiene la persona física que la ejerce con la sociedad propietaria registral ni que examine todo el historial para conocer si la posesión es a título de dueño o en otro concepto» [STS 10-7-2006 (RJ 2006, 6066)]. Someter al tercero a tantas averiguaciones desvirtuaría la función que debe desempeñar el Registro de la Propiedad: «si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extra registrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan» [STS 4-3-1988 (RJ 1988, 1554)].

Interesante resulta, a este respecto, el caso resuelto por la STS 19-5-2015 (RJ 2015, 2612), en el que, en un supuesto de doble inmatriculación de la finca, el demandado (recurrente) adquiere de uno de los titulares registrales parte de la

finca. Reconocida al recurrente la condición de tercero del artículo 34 LH (de clara el TS que no procede la neutralización de los principios registrales), su adquisición, dice el Alto Tribunal, solo puede peligrar en relación a lo dispuesto en el artículo 36 LH, es decir, en una posible adquisición por usucapión de los demandantes, posibilidad que se rechaza: «En primer término, (art. 36.1.a), porque de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta no puede sustentarse que el tercero haya infringido el principio de buena fe registral en ninguna de las vertientes analizadas. En este sentido, no se ha acreditado que la parte recurrente haya tenido conocimiento directo (*scientia*) de una anterior posesión en concepto de dueño de la finca, en consecuencia con la situación de abandono de la misma. Ni tampoco, que no haya empleado la diligencia debida que le hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la situación y conocer la irregularidad existente en la propia información registral pues, como se ha señalado, la gradación de la diligencia exigible, en el aspecto negativo que presenta el concepto de buena fe, no puede plantearse en abstracto respecto del examen de cualquier defecto, vicio o indicio que pudiera afectar a la validez y eficacia del negocio dispositivo realizado, sino que debe modularse, necesariamente, en el marco concreto y circunstancial que presenta la impugnación efectuada. En el presente caso, este marco queda referenciado en la inexactitud del Registro conforme a la doble inmatriculación de la finca, extremo cuyo conocimiento excede a cualquier razonable carga ética o diligencia razonable del tercero que inscribe confiando, precisamente, en la información que le brinda el folio registral y la correspondiente inscripción de la finca objeto de transmisión, sin que quepa exigirle la consulta confirmatoria de la información contenida en todos y cada uno de los asientos del Registro. En segundo término, (art. 36.1.b), porque resulta obvio que la parte recurrente, conforme a lo ya señalado, difícilmente puede consentir una posesión que, en ningún momento de su adquisición, ha resultado acreditada por la parte actora».

No hay que olvidar que «en el propio concepto de buena fe va ínsito siempre, en correspondencia con su fundamento ético y su condición de regla del comportamiento humano, un mínimo grado de diligencia» (LACRUZ y SANCHO, 1984, III bis, 185); por ello, al adoptar como pauta ese conocimiento real o posible se está introduciendo un canon de diligencia de carácter ético en la buena fe, determinado por una conducta que puede ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio: «un estándar medio de conducta» (ROCA I TRÍAS, 1979, 64). Se le reclama una diligencia razonable y racional, no desmesurada (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 647), pues habiendo Registro de la Propiedad no se le puede exigir «un examen a fondo de la situación jurídica de la cosa adquirida» (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 456), y solo en supuestos excepcionales se le podrá exigir «una actividad indagatoria añadida» (GALLEGO DEL CAMPO, 2004, 2701). Esta conducta propia de un adquirente de tipo medio constata que habrá supuestos, como el de la mencionada STS 10-7-2006 (RJ 2006, 6066), en los que no se podrá alegar, para adquirir por usucapión, que el tercero conoció o, más bien, pudo conocer la situación posesoria; pues, en ocasiones, y en defensa del tercero, se podría afirmar: a) que el hecho de que llegue a conocer que la finca estaba siendo poseída por sujeto distinto del transmitente no le permite determinar el concepto posesorio de aquél (GALLEGO

DEL CAMPO, 2004, 2701-2702, y SANCIÑENA ASURMENDI, 2009, 287); b) que, aun cuando supiera que está siendo «poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente», podría ignorar que se ha consumado la usucapión (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 651 y ss.); c) que el hecho de que no pudiera llegar a conocer que la posesión es en concepto de dueño o que se ha consumado la usucapión no supone que no actuase de buena fe y con la diligencia debida (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 651, y SANCIÑENA ASURMENDI, 2009, 284); d) que al tercero se le hace «difícil imaginar que el mero poseedor tenga el título de dueño, si no lo ha reflejado en la institución oficial de la publicidad registral ni ha consignado en él la correspondiente anotación de demanda declarativa de la usucapión» (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 631), y e) que la presunción *iuris tantum* de la que goza el tercer adquirente, amparado por el principio de la buena fe, lo es de ignorancia inocente (DE COSSÍO, 1986, 259) y no de conocimiento presunto (NÚÑEZ LAGOS, 1945, 428; BÉRGAMO LLABRÉS, 1946, 303 y 304, y SANZ FERNÁNDEZ, 1946, 293 y 294).

2.º «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 consiente, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición» [artículo 36.1.b)LH]. Sucede lo mismo cuando el tercer adquirente «no manifieste de algún modo, durante dicho periodo, su voluntad de no tolerar dicha posesión de hecho» (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 456). Entre los distintos modos de manifestar esa intolerancia se incluirían: a) Instar judicialmente la cesación de esa posesión mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria; b) El ejercicio de la acción regulada en el artículo 41 LH (ROCA I TRÍAS, 1979, 65); c) El ejercicio de la acción de desahucio por precario (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 661 a 664; ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 461 a 462); d) La tutela posesoria sumaria de retener y recobrar. ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO (2008, II-2.º, 461) la descartan, pero GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 664), con argumento similar al que utiliza para admitir la acción de desahucio por precario, considera que esas tutelas posesorias, con independencia de que prosperen o no, «son medios para manifestar el consentimiento del titular contrario a la posesión de hecho»; e) Los medios de interrupción de la posesión de los artículos 1944 y ss. CC (DÍEZ-PICAZO, 2008, III, 849). ROCA I TRÍAS (1979, 65) entiende que, en la situación que aquí se trata, por ser de usucapión consumada, no se podrá recurrir a estos medios.

Existen divergencias en la doctrina sobre el momento a partir del cual se computa el plazo del año. Hay quien afirma que es a partir de la inscripción por parte del tercero (SANZ FERNÁNDEZ, 1946, 294), o quien considera que lo es desde la adquisición (BÉRGAMO LLABRÉS, 1946, 305), o desde el día siguiente al de la adquisición (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 462), o desde que se otorgue el título con fuerza de tradición (VALLET, 1947b, 957), o desde que concurren el título y el modo (ROCA I TRÍAS, 1979, 66), o quien opina que, para que pueda iniciarse el cómputo, se requiere la adquisición en escritura pública y que el tercero sea, de acuerdo con la literalidad del artículo,

«adquirente inscrito», ya que él es quien debe consentir expresa o tácitamente tal posesión (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 657 y 658). Ahora bien, el que el tercero sea adquirente inscrito no es una cuestión que afecte a este plazo, que lo es de «todo el año siguiente a la adquisición» y no a la inscripción. Para el inicio de este cómputo no hay que esperar a que el tercero sea adquirente inscrito; el plazo se inicia al tiempo de la adquisición –desde la perfección de la adquisición por la tradición– y perdura durante todo el año siguiente a ella. Cosa distinta es que a quien pueda afectar ese plazo sea al adquirente inscrito, lo que le llevará, para poder serlo a los efectos del artículo 36.1.b) LH, a tener que inscribir en el plazo de un año desde que se perfeccionó la adquisición (se otorgó la escritura pública); esto le permitirá, dentro de ese plazo, oponerse a la usucapación (GALLEGO DEL CAMPO, 2004, 2705 a 2706).

Pero el propio artículo 36 LH establece un cómputo especial si lo que es objeto de usucapación es una servidumbre negativa o una servidumbre no aparente, y ésta puede adquirirse por prescripción [en el CC no es posible la usucapación de las servidumbres no aparentes, pero sí en algunos Derechos Forales: Aragón (artículo 569CDEFA) y Navarra (Ley 397 FN)]. En este supuesto, para el cómputo del plazo del año se recurrirá a dos reglas: a) Desde que el titular inscrito tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la existencia de la servidumbre (ROCA I TRÍAS, 1979, 67, y ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 463); b) Desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente adquirido por el tercero; en este caso, el dueño del predio dominante, con la realización del acto obstativo, hace saber al tercer adquirente que es titular de una servidumbre negativa adquirida por usucapación y le da un año de plazo para no consentirla: «no se trata, por tanto, de una nueva usucapación, sino de un plazo adicional para que el tercero hipotecario muestre su disconformidad con la servidumbre» (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 660).

2.2. Usucapación que puede consumarse dentro del año siguiente a la adquisición por el tercero

El artículo 36.1 LH somete este supuesto al mismo tratamiento que establece para la usucapación consumada; pero, en realidad, no existe plena equiparación entre uno y otro caso. En un caso, el anteriormente comentado, si el adquirente no ha conocido ni podido conocer que se ha consumado la usucapación, podrá oponerse a ella y obtener su ineficacia dentro del año siguiente a la adquisición; de no oponerse, la usucapación adquirirá plena eficacia cumplido ese plazo. En el otro caso, el que ahora se comenta, mientras la usucapación está pendiente –se consuma dentro del año siguiente a la adquisición– podrá interrumpirse, pues todavía no se ha cumplido de forma íntegra el plazo (DE COSSÍO, 1986, 259).

Dado que la usucapación todavía no se ha consumado, el titular registral es un verdadero propietario y, por ello, a diferencia de lo que ocurre cuando la usucapación estaba consumada, el tercero adquiere *a domino*, esto es, de persona que aún es dueña del bien transferido (ROCA I TRÍAS, 1979, 64, y ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 468). La consecuencia es que el ter-

cer adquirente, mientras no se haya consumado la usucapación, tiene la posibilidad de utilizar todos los medios registrales (*vid.* artículo 41LH: ROCA I TRÍAS, 1979, 59, 60 y 64, y LÓPEZ FRÍAS, 1995, 452 a 455) y extrarregistrales (BÉRGAMO LLABRÉS, 1946, 310) para la interrupción de la posesión *ad usucapionem*, con independencia –como indican ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO (2008, II-2.º, 467)– «de si conoce o puede conocer el estado posesorio y de que reúna o no las circunstancias exigidas para la protección de la fe pública registral, ya que tal facultad de interrumpir la posesión le corresponde a título de Derecho civil puro». Por ello, «tanto si es dueño a título gratuito u oneroso, como si es tercer adquirente, con los requisitos del artículo 34 LH, quedará protegido frente al usucapiente, pues ha evitado que se consuma su usucapación y, en tal caso, habrá evitado que se dé el conflicto entre «prescripción adquisitiva» y «tercer adquirente», que es de lo que se ocupa el artículo 36 LH» (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 667).

2.3. Usucapación simplemente comenzada

La situación que aquí se enuncia aparece regulada en el artículo 36, párr. 2, LH, que establece la siguiente regla: «la prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total».

Esta situación se produce cuando existe una usucapación en curso contra el titular registral y el tercero adquiere de éste faltando más de un año para que la usucapación se consuma. El tercero queda afectado e integrado en el proceso de usucapación, convirtiéndose en parte de él (ROCA I TRÍAS, 1979, 62, y LÓPEZ FRÍAS, 1995, 455).

Del tenor de este artículo se deduce que la inscripción no interrumpe la prescripción y que, si esta no se interrumpe antes de la consumación –en la forma y plazo referidos en el apartado anterior (ROCA I TRÍAS, 1979, 69)–, terminará perjudicando al titular registral (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 669 y ss., y Díez-PICAZO, 2008, III, 849); de modo que, p. e., en un supuesto de usucapación extraordinaria en la que ya han transcurrido veinticinco años, ésta se podría interrumpir tanto dentro del año siguiente a la adquisición, con el consiguiente reinicio del plazo y no perjuicio para el adquirente inscrito, como en los cinco años restantes para la plena consumación de esa usucapación (DE COSSÍO, 1986, 259).

La norma ha sido calificada de superflua (ROCA I TRÍAS, 1979, 67 y 68, y ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 473), pues se limita a decir que la posesión *ad usucapionem* puede ser interrumpida en cualquier momento mientras no haya transcurrido íntegramente el tiempo prescriptivo; y, ante lo innecesario de la norma si se le atribuye este significado, caben dos interpretaciones: 1.ª Reconducir lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 36 LH a lo regulado en el párr. 3.º del mismo 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» (ROCA I TRÍAS, 1979, 68). 2.ª Al adquirente del titular inscrito que dentro del plazo de un año, a contar de su adquisición, no haya interrumpido la posesión *ad usucapionem* contraria al Registro le perjudicará el tiempo de posesión del usucapiente contra el titular registral de quien recibió el derecho (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 473).

§3. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA «CONTRA TABULAS»

Conforme al artículo 36.5 LH, «la prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero».

Del artículo 36.5 LH resulta que la extinción de los derechos reales que menciona (derechos reales limitados, susceptibles de posesión o de protección posesoria), por la falta de ejercicio de éstos durante el tiempo señalado por la ley, perjudica siempre al titular registral que se mantuvo inactivo. Hay que tener presente que «la regla general de nuestro ordenamiento es la de la propiedad libre, y la de unos derechos reales que la gravan de forma limitada, en cuanto a contenido y duración» [SAP Girona 18-7-2006 (AC 2006, 1596)]. En este caso, la prescripción de los *iura in re aliena* se produce por no uso o inacción del titular [STSJ Cataluña 28-2-2011 (RJ 2011, 5822)]. No obstante, «el mero «no uso» del derecho por parte de su titular no provoca la extinción por prescripción de las correspondientes acciones que le asisten; y, además, las acciones meramente declarativas no prescriben mientras subsista el derecho cuya declaración se pretende y haya interés en obtener la constatación judicial de su existencia» [SAP Islas Baleares 30-12-2010 (AC 2011, 1718)].

En la situación que nos ocupa, lo excepcional de la norma es que la prescripción extintiva perjudica también, y siempre, al adquirente del derecho extinguido—derecho que figura todavía registrado como subsistente— aunque reúna todos los requisitos del artículo 34 LH. El tercero protegido por la fe pública deja de estarlo, y nada adquiere del titular registral que le transmitió el derecho. Se produce una excepción al principio de la fe pública registral y no cabrá plantear, a los efectos de la prescripción extintiva, si ésta se ha consumado o puede consumarse dentro del año, ya que la inclusión del adverbio «siempre» en el texto del párrafo 5.º del artículo 36 LH «se oponen a las distinciones contenidas en los párrafos precedentes, suponiendo la exclusión de todo límite o excepción» (DE COSSÍO, 1986, 251). De lo cual se deduce que, aun cuando la solución sea muy radical y criticable, es la que ha establecido el legislador (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 475 y 476).

Ahora bien, podría entenderse que una interpretación tal del precepto carece de coherencia. Por ello considera GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 685 y 686) que, para que «tenga algún sentido dentro del contexto sistemático de la LH, no cabe otra solución que la de considerar que, en cuanto alude al tercero hipotecario, se refiere exclusivamente a la prescripción extintiva que está en curso en

el momento en que el tercero adquiere la finca», la cual le perjudicará si no la interrumpe. «En cambio, cuando el tercero adquiere de buena fe un derecho que está extinguido por prescripción, sin que en el Registro figure cancelado, sin que el dueño haya instado su cancelación, se mantiene vivo a favor del tercero hipotecario, sin perjuicio de tener que interrumpir la prescripción en el plazo de un año que señala el artículo 36 LH, a contar desde su inscripción». Esta última postura, continúa el mencionado autor, «cabe mantenerla atendiendo a la interpretación sistemática del párrafo último del artículo 36 LH en relación con los (...) artículos 34, 40 y 76 LH, y en relación con los párrafos 1.º y penúltimo del propio artículo 36 LH, en el que el párrafo último se halla integrado formando un todo sistemático».

§4. USUCAPIÓN LIBERATORIA

La usucapión liberatoria se produce cuando el usucapiente posee como libre una cosa que en el Registro aparece gravada con un derecho real: con un *iura in re aliena* [STSJ Cataluña 28-2-2011 (RJ 2011, 5822)]; y, como consecuencia de ello, la adquiere plenamente y sin el gravamen; es decir, el usucapiente adquiere a la vez la propiedad y el derecho real que la grava, por lo que éste se extingue por consolidación: este sería el caso de usucapión liberatoria pura. Cabría también un supuesto menos puro, en el que el adquirente de una propiedad gravada la posea en concepto de libre del gravamen en las condiciones que se exigen para su usucapión (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 478 y 479, y GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 678). Este último autor señala un tercer supuesto que él mismo reconoce que no es de *usucapio libertatis*: usucapido el dominio libre de derechos reales, porque no existen, «el titular registral constituye derechos reales a favor de terceros que inscriben su adquisición en el Registro, a pesar de que el dominio estaba extinguido por usucapión» (*ibidem*); entiendo VALLET (1947b, 957 y 958) que, en este caso, habría que aplicar el artículo 36, párrafo 1.º, LH.

El artículo 36.4 LH regula el conflicto que se produce entre el tercero hipotecario adquirente de un derecho real inscrito en el Registro y el usucapiente que ha poseído la cosa (o derecho), sobre la que recae aquel derecho, en concepto de libre: «dicha norma regula supuestos de usucapión que, excepcionalmente, pueden operar frente al tercero hipotecario» [SAP Girona 18-7-2006 (AC 2006, 1596)]. Estamos, pues, ante la usucapión liberatoria contra el Registro, para cuya regulación el artículo 36.4 distingue tres supuestos:

- a) Derechos reales que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute de la cosa o del derecho sobre el cual se han constituido. Ejemplo de tales situaciones son, en opinión de GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 679 y 680), los siguientes derechos: hipoteca, censo, tanteo, retracto, opción, servidumbres negativas o no aparentes, superficie, vuelo, nuda propiedad (pues no implica disfrute inmediato), etc. Si estos derechos son adquiridos por un tercero protegido por la fe pública registral, no se extinguen por el hecho de que la cosa (o derecho) sobre la cual recaigan haya sido poseída

en concepto de libre y consumado la usucapión, ya que la usucapión liberatoria no perjudica, en su función extintiva, a aquellos derechos reales adquiridos por terceros que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho [STS 7-6-1988 (RJ 1988, 4824); SSTSJ Cataluña 1-10-2001 (RJ 2002, 6948) y 28-2-2011 (RJ 2011, 5822)]. Es decir, si por usucapión se extingue, a favor del usucapiente que lo adquiere, el dominio sobre la finca del titular inscrito, no por ello correrá la misma suerte el derecho, p. e., de hipoteca constituido a favor de un tercero hipotecario sobre dicha finca, pues este derecho no se verá perjudicado (NÚÑEZ LAGOS, 1945, 426 y 427, y DE COSSÍO, 1986, 259): podría considerarse una concreta aplicación del artículo 104 LH (ROCA I TRÍAS, 1979, 70). En este caso, la buena fe del tercero consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral que representa la falta de inscripción de la usucapión, sin que se exija ningún aditamento de diligencia propia de los demás supuestos del artículo 36 (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 681).

- b) Derechos reales que lleven aneja la facultad de inmediato disfrute de la cosa o del derecho sobre el cual se han constituido, cuando el disfrute de éstos no sea incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva. Tal sería el caso, p. e., de las servidumbres personales o reales, y, en opinión de GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 681 y 682), los derechos de usufructo, uso y habitación si recaen sobre una parte de la cosa. Estos derechos, como en el caso anterior, tampoco se extinguen en perjuicio de un tercer adquirente protegido, aunque la cosa sobre la cual recaigan se haya adquirido por usucapión como libre de ellos. Es decir, si se extingue el dominio del titular registral a favor del usucapiente, no por ello se extinguirán las servidumbres reales o personales que gravan la finca usucapida (DE COSSÍO, 1986, 259). Como puede observarse, en este supuesto se aplica la misma normativa que en el anterior.
- c) Derechos reales con facultad de inmediato disfrute de la cosa o del derecho sobre el cual se han constituido, cuando ese disfrute sea incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva. Valdrían como ejemplos: el usufructo, el uso, la habitación y la anticresis (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 483 y 484). GARCÍA GARCÍA (*Com. Edersa*, VII-4.º, 682) incluye, además, el arrendamiento, por cuanto es un derecho inscribible (*cf.*: artículo 2.5LH) que supone un disfrute inmediato, aunque por ser derecho personal no implique poder inmediato. En estos casos, el tercero quedará afectado por la usucapión liberatoria si no procede en la forma y plazos que determina el apartado b) del artículo 36. Téngase en cuenta que la remisión a dicho apartado lleva consigo el envío a las normas del apartado a) —«no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores»— y, como ya se ha visto al comentarlo, se reclamará la necesaria concurrencia de una buena fe reforzada por la diligencia (GARCÍA GARCÍA, *Com. Edersa*, VII-4.º, 683): que «el tercer adquirente no haya conocido o no haya tenido medios racionales y motivos suficientes para conocer, al tiempo de su adquisición, que la cosa estaba poseída de

hecho y a título de dueño (o titular del derecho gravado) y en concepto de libre, por persona distinta de su transmitente» (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008, II-2.º, 484).

Por último, junto a la usucapión liberatoria *contra tabulas*, que acabamos de ver, existe también la posibilidad de la usucapión liberatoria *secundum tabulas*, a la que se ha hecho referencia en el comentario, en esta misma obra, del artículo 35 LH.

Artículo 37.

Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.

Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:

1º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

2º Las de revocación de donaciones en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

3º Las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen.

4º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:

a) Cuando hubiese adquirido por título gratuito.

b) Cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude.

En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta.

En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan.

COMENTARIO

Andrés A. DOMÍNGUEZ LUELMO

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

SUMARIO.—§1. LAS ACCIONES RESCISORIAS, REVOCATORIAS Y RESOLUTORIAS Y