

Temas de prescripción

A la vista del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, preceptivo de que frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los supuestos de los apartados a) y b) de aquel artículo, surge una interrogante. ¿Cómo se consuma la prescripción? La respuesta no aparece en la Ley, ni es de su competencia la regulación de la prescripción como modo de adquirir o de perder la propiedad. El Código civil tiene la palabra.

Declara aquel Cuerpo legal que la prescripción extraordinaria se consuma por la posesión, sin necesidad de título, ni buena fe (art. 1.959); y que la ordinaria requiere para producirse, posesión, justo título y buena fe (art. 1.940). ¿Tiene este segundo artículo como excepción el 1.949? La respuesta exige su previa transcripción.

Dice éste que 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. La expresión *no tendrá lugar*, ¿equivale a decir *no se consumará*? Admitida esta equivalencia, resulta evidente

que el precepto es una excepción al artículo 1.940. Tan fundamental cuestión tiene que resolverse previamente.

Dedicado el Título VIII del Libro segundo del Código al Registro de la Propiedad y declarado en su artículo 606 que los títulos de dominio, que no estén debidamente inscritos o anotados en él, no perjudicarán a tercero, si el 1.949 hubiera tomado en consideración a la prescripción consumada, en dicho Título figuraría ese precepto como excepción al principio de prioridad reconocido en el 606, bajo la siguiente, o parecida, redacción: «No obstante, el artículo anterior, la prescripción ordinaria no inscrita perjudicará a tercero, si el justo título está inscrito». Al artículo 1.949 se le reservó un puesto en el Título XVIII del Libro cuarto, regulador de los requisitos indispensables para que se produzca la prescripción tanto adquisitiva como extintiva, porque modifica el 1.940; obsérvese que en el Título de referencia no se contiene declaración alguna relativa a la prescripción consumada; fíase que al Código ya no le interesa, puesto que la prescripción una vez que se consuma deviene en uno de tantos títulos de dominio, al que es aplicable el principio de prioridad.

Los autores, sin parar mientes en la *ratio legis* del artículo 1.949 y considerando que no es normalmente posible la inscripción del justo título en el que el dueño inscrito no actúa como transmitente, interpretan que aquél se refiere al titular de un derecho real impuesto sobre la finca usucapida, y no al de la propiedad, ya que éste y el usucapiente no son terceros entre sí.

El precepto en cuestión es consecuencia del principio de publicidad. Contra el dueño juega la presunción de pleno derecho, de que conoce la posesión que el posible usucapiente está ejercitando; por ser ésta el único factor que produce la prescripción extraordinaria es por lo que el Código no distingue al ocuparse de ella entre títulos inscritos o carentes de inscripción; entonces la sola posesión vence tanto al dueño inscrito como al no inscrito. Quiero decir, que la prescripción se produce. Coadyuvando a la consumación de la ordinaria el justo título, si éste no está inscrito, si el Registro no lo da a conocer, el Código, en fiel acatamiento al principio de publicidad, sienta la presunción *juris tantum* de que el titular inscrito desconoce su existencia y le pone a cubierto contra la consumación de la prescripción ordinaria, y por esa presunción fija como día inicial para correr el tiempo el de la inscripción del justo título.

Tomando el censo como ejemplo de Derecho real impuesto sobre la finca usucapida, si se produce la prescripción del dominio conforme al artículo 1.940 o al 1.949, el inmueble no se libera ipso facto de aquél Derecho real, puesto que para ello es indispensable el impago de treinta anualidades consecutivas, plazo que es posible no haya vencido al consumarse la prescripción ordinaria. Por tal consideración no es admisible la interpretación de que el segundo de aquellos artículos se refiere al titular del Derecho real.

Especial atención merece el razonamiento de que el titular de la propiedad y el usucapiente no son terceros entre sí, puesto que la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de tercero, a los efectos de la prescripción, no lo suministra el justo título.

El artículo 1.949 no pudo hacer la declaración general de que contra todo título inscrito no se consumará la prescripción ordinaria que no se ajuste a su contenido, sino que tuvo que intercalar la expresión en perjuicio de tercero, porque de lo contrario podría el adquirente escudarse en la prescripción frente a su transmitente. Si la transmisión la realiza el titular inscrito y es legítima, el adquirente ningún provecho obtiene contra aquél de la prescripción; si el justo título carece de consentimiento, objeto o causa en la persona del transmitente, la prescripción no prevalece contra éste, puesto que el justo título no es bastante legalmente para transferir el dominio, conforme al artículo 1.952. En este caso; sólo cabe la prescripción extraordinaria. De aquí deriva la expresión «en perjuicio de tercero». Explicada la finalidad de estas palabras, veamos qué dice la jurisprudencia.

La Sentencia de 11 de enero de 1888 declara escuetamente que el dueño legítimo no es tercero con relación a la prescripción que contra él se realiza.

La de 20 de diciembre de 1901 declara que el principio hipotecario establecido en los tres primeros párrafos del artículo 35 de la Ley Hipotecaria no alcanza o comprende al dueño legítimo del inmueble ni a los que de él traen causa, como así lo tiene declarado la Sentencia de 11 de enero de 1888, por cuanto respecto a éstos determina el párrafo final de dicho artículo que se contará el tiempo con arreglo a la legislación común, sin que a ello se oponga el artículo 1.949 del Código civil por referirse éste a los terceros de la Ley, la que no concepturna como tales, según se desprende del artículo 35, al dueño legítimo del inmueble, ora se trate del que

lo era, cuando la cosa principió a ganarse por prescripción, ora de sus causahabientes por título universal o singular, con excepción en este último caso de la regla contenida en el artículo 27.

La misma doctrina contiene la Sentencia de 19 de enero de 1909, con el no intrascendente perfil de que a las palabras, título universa. o singular añade el calificativo de «lucrativo».

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

Es más, ese párrafo vino a salvar un peligroso escollo, porque el anatema dé que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes, forzosamente actúa sobre el justo título; ya que alguna anomalía ha de contener. De manera que si, una vez consumada la prescripción, el dueño legítimo pretende impugnar la inscripción extendida a favor del ilegítimo, no puede invocar el artículo 33 de la Ley; esto es lo que quiere decir que la calificación se hará conforme a la Ley común. Ya declaró la Sentencia de 2 de octubre de 1908 que no es dable confundir la nulidad que para los efectos de la prescripción pueda afectar al justo título, por la falta de alguno de los requisitos que, según su

carácter respectivo, obsten a su estimación en juicio, con la derivada de la naturaleza de los actos realizados y la capacidad de las personas.

Promovido el litigio, la prescripción no se tendrá por consumada interin la inscripción del justo título no lleve diez años de vigencia entre presentes, o veinte entre ausentes. Esto es lo que quiere decir «el tiempo se contará con arreglo a la Ley común». Referido simultáneamente el párrafo de que se trata a la calificación del título y al cómputo del tiempo, es indivisible en su aplicación. El Tribunal Supremo sólo se fijó en el cómputo, lo que induce a dividir la pertinente aplicación de aquel párrafo; si en cuanto al dueño legítimo se aplica la legislación común para calificar el título y contar el tiempo, al tercero se le aplicará también la específica para la calificación; pero es el caso que no se declara en la Ley qué condiciones han de concurrir en el justo título ni el número de años de vigencia de su inscripción, indispensables para que la prescripción se consuma.

Es preceptivo en el artículo 35 que la prescripción no empieza a correr hasta que el justo título se registre y que la posterior transmisión, onerosa o gratuitamente otorgada por el titular contra quien se inicia el tiempo, no puede inscribirse, como no sea mediante malicia o negligencia del Registrador; si éste extiende la inscripción a favor del causahabiente del dueño, su título cede a la presión del justo título sin esperar a que la prescripción se consuma. Ante la imposibilidad de que ese causahabiente haga presencia en el Registro, la Ley se concreta a su causante; sólo contra éste se puede consumar y sólo él tiene acción para interrumpir la prescripción.

Tal como la jurisprudencia plantea los hechos, es incuestionable que si el dueño legítimo para interrumpir la prescripción ejercita la acción reivindicatoria, no se le puede exigir la impugnación de un justo título cuya existencia probablemente desconoce; toca al reivindicado el probarlo, si quiere que se le mantenga en su derecho; si procede así, el principio de prioridad y la definición que del tercero daba el artículo 27 bastan para que la acción prospere. Pero en cuanto el dueño ilegítimo haya ganado el dominio por prescripción, tal como la entienden las comentadas Sentencias, es decir, mediante buena fe, posesión y justo título no inscrito, al dueño legítimo a quien se le consideró tercero; día por

día, hasta el de la consumación, le desconocen aquéllas tal carácter; dándose, además, la paradoja de que si antes de la consumación el dueño legítimo traspasa su derecho onerosamente, al adquiriente, no obstante hallarse en el mismo plano que su transmisor y ser también un dueño legítimo del inmueble que se está prescribiendo, las referidas decisiones jurisprudenciales le consideran tercero y no permiten que se consuma la prescripción sin la posterior inscripción del justo título.

La trayectoria trazada por la jurisprudencia no puede desembocar lógicamente más que en una de las dos conclusiones siguientes: la prescripción ordinaria se consuma contra el tercero que adquiere después de comenzada la prescripción aunque el justo título carezca de inscripción, o la posterior adquisición por aquél la interrumpe, sin perjuicio de que el plazo empiece a correr de nuevo. No se llegó a ninguna de las apuntadas conclusiones, porque en el fondo de la doctrina que combatí y también en los trabajos doctrinales yace la perturbadora idea de que los artículos 35 de la Ley y 1.949 del Código preveen a los efectos de la prescripción consumada con relación a tercero que adquiere después de la consumación, derivando de tal enfoque la unánime corriente de que contra los títulos inscritos se produce la prescripción ordinaria, aunque el justo título no se registre, y que una vez consumada, la prescripción no prevalece frente al tercero posterior a la consumación. El error de interpretación tuvo su origen en el uso por el artículo 35 de la palabra «perjudicará» que vertida también en el 23 de la primitiva Ley al consagrarse el principio de prioridad, hizo creer a los intérpretes que el primero tomó en consideración al título de dominio que representa la prescripción consumada. Si ese fuese efectivamente el propósito de los autores de la Ley, al establecer en el 35 una excepción al principio de prioridad, su lugar adecuado sería a continuación del 23, bajo la inicial declaración de que «no obstante lo declarado en el artículo anterior, la prescripción ordinaria no inscrita perjudicará a tercero, si su justo título está inscrito» y los siguientes párrafos tendrían que desaparecer. El más depurado estilo del artículo 1.949 no deja lugar a dudas. Veamos cómo de tal común opinión se resiente la Ley vigente.

¿Porvenir de la prescripción comenzada y consumable después del año siguiente a la adquisición por el tercero? Esta interrogante produce, en el párrafo primero del artículo 36, un vacío que

llena el que más adelante declara que la prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si no la interrumpe antes de su consumación. Esta declaración debía de contraerse especialmente a la prescripción consumable después del año; aún referida a la prescripción comenzada, sin distingo por razón del período de consumación, no por ello puede dejar de darse la interpretación que me merece, ni viene a contradecir en nada el párrafo primero, ya que el perjuicio que se deriva al tercero consiste en computarse en contra suya el tiempo de posesión o prescripción corrido, sin perjuicio de que contra la consumada dentro del año pueda reaccionar en lo que reste del mismo, si no conoció ni pudo conocer la posesión. Esta excepción la deduzco de la frase «si no la interrumpe en la forma y plazo antes indicado». Ahora bien, ¿cómo se consuma la prescripción ordinaria contra un título inscrito conforme al artículo 1.949 del Código? Acceptedo el principio, no puede ponerse en duda que si contra el tercero se computa el tiempo previamente corrido, con mayor motivo se contará el posterior a su adquisición, resultando, pues, que la prescripción puede consumarse, aunque el justo título carezca de inscripción. Esta contradicción yo la resuelvo contra la Ley, fundándome en qué la oportunidad con que se produjo el legislador de 1861 al inmodificar el Derecho Civil entonces vigente, no aplicable al Registro de la Propiedad, no concurre una vez publicado el Código e incluido el artículo 1.949, preceptivo de los requisitos necesarios para la consumación de la prescripción contra títulos inscritos.

El legislador de ahora parte de la falsa premisa de que según el Código no es necesaria la inscripción del justo título; siendo falsa la premisa debe rechazarse de plano la consecuencia. El Registro de la Propiedad no puede tomar en consideración un derecho no nacido al amparo del Código. El error proviene de que los autores del artículo 36 apreciaron en el 1.949 una provisión a los efectos de la prescripción consumada, y no una excepción al 1.940 por lo que hace a títulos inscritos.

Incorporado al artículo 36 el último párrafo del antiguo 35, es forzoso recordar los móviles de esa declaración en la primitiva Ley para llegar a la consecuencia de que al no señalar la vigente por qué caminos se llega a la consumación de la prescripción ordinaria contra títulos inscritos, la antedicha inclusión del párrafo cuarto del 35 de aquélla en el 36 actual es completamente inocua.

La prescripción extraordinaria, decía el artículo 35, no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que *ha de producirla*; el tiempo empezará a correr desde la fecha de la inscripción. Esta prescripción no es la consumada, cual se viene interpretando, sino la que está corriendo; la interpretación lógica y la literal dan esta conclusión. Lógicamente no puede apreciarse en la disposición de que se trata un supuesto de prescripción consumada, porque apareciendo en la Ley explícitamente consagrado el principio de prioridad, aquél supuesto al acusar una excepción a éste, forzosamente tendría que figurar a continuación del mismo y como excepción a lo declarado en el artículo 23. Sustituyendo en el artículo 35 las tres palabras que dejo subrayadas por las que dicen «la produjo», la comparación entre la redacción legal y la resultante de la sustitución pone de relieve que también la letra de la Ley se contrae a la prescripción en curso. El perjuicio que se le deriva al tercero consiste en contarse en contra suya el tiempo que la inscripción de la posesión lleva de vigencia antes de su adquisición. Si el tiempo de vigencia cubre los treinta años, el tercero queda indemne, porque entonces su derecho ganó prioridad al del titular de la posesión, que no se anticipó pidiendo de los Tribunales la correspondiente sentencia necesaria para la efectuación hipotecaria de su derecho. Los treinta años de inscripción de posesión no son lo bastante para que la prescripción se entienda por consumada, si el titular del dominio no lo reconoce voluntaria o forzosamente.

La inscripción de la posesión es normalmente posible, porque si bien la Ley de 1909 prohibía a los Registradores registrar la posesión que estuviese en contradicción con algún asiento de dominio, si el titular de éste reconoce que un tercero ejerce la posesión en concepto de dueño, o una sentencia en contra suya dictada, lo declara, no hay contradicción. El art. 395 no obstaculizaba en absoluto la inscripción. La *ratio legis* del art. 35, en lo concerniente a la prescripción extraordinaria, es también la aplicación del principio de publicidad. Contra el dueño juega la presunción de pleno derecho de que conoce el único factor que conduce a la prescripción extraordinaria, la posesión, y por ello el tercer adquiriente pierde su condición de tercero con relación a la posesión futura; si la anterior no está inscrita, si el Registro no la notifica al tercero, el

artículo 35 establece la presunción de su desconocimiento y no permite que se compute en contra del nuevo titular.

El legislador de 1869, percatándose de que el ordenamiento civil entonces vigente mal podía referirse a situaciones constantes en un Registro de la Propiedad no existente, modificó el régimen civil adicionando al primitivo artículo 35 su primer párrafo; modificación que no podía jugar después de la codificación civil, si los autores del Código, poniéndose a tono con la institución del Registro, no hubieran llevado a aquél el artículo 462, declarando en él que la posesión de inmuebles no se entiende perdida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Ley que no admite otra forma de perderse la posesión que la cancelación de la inscripción correspondiente de la misma. Esta cancelación no es la acordada en contención interpuesta por el tercero, puesto que perdiendo éste su condición de tal con relación a la posesión actual, la Sentencia que estima su petición, al resolver una cuestión entre partes es bastante para interrumpir la prescripción, aunque la inscripción de la posesión no se cancele. Esta cancelación es la practicada posteriormente a la presencia del tercero y acordada en procedimiento incoado por titular, mediato o inmediato, anterior.

La jurisprudencia hipotecaria tiene declarado que la cancelación de un asiento borra su contenido, como si nunca se hubiera extendido. De manera que si la posesión que estuvo inscrita no se cuenta contra el tercero, tampoco se contará la que no ingresó en el Registro; sin perjuicio de que el plazo empieze a correr de nuevo, aunque la posesión no se inscriba. En el artículo 462 se observa claramente una hipótesis de prescripción no consumada.

Examinado el artículo 36 de la vigente Ley a través de lo dispuesto en el Código en materia de prescripción extraordinaria, se aprecian en aquél los efectos del espejismo de la ya consumada, de la desconexión de la posesión del Registro y de la ninguna atención que los autores prestaron al artículo 462, sin duda por no estar interpolado entre los dedicados a la interrupción de la prescripción.

De ahí que el 36 consienta que la prescripción extraordinaria en curso también se compute contra tercero. Pero desde el punto y hora en que el 462 declara implícitamente que la presencia de aquél interrumpe la posesión, la Ley no puede reconocer efectos a un derecho no nacido al amparo del Código; la inscripción no convalida los

actos o contratos nulos con arreglo a las leyes, por la razón de que el derecho no existe civilmente; este principio debe aplicarse a la prescripción en curso, no existiendo motivo para que a la posesión no registrada se le dé primacía contra el tercero, ya que el Código no reconoce al posible usucapiente derecho para computar contra aquél el tiempo de posesión previo a la adquisición, si esta posesión no está registrada. La ley no puede tomar en consideración situaciones no reconocidas por el Código.

Declarado en el artículo 38 de la Ley que a todos los efectos legales se presume que quien tiene inscrito el dominio de inmuebles tiene la posesión de los mismos, esta declaración autoriza a concluir que para el tercero no hay otro poseedor que su transmitente, puesto que dicha presunción, lo mismo que la de buena fe, se convierte en de pleno derecho en cuanto el titular traspasa el dominio a tercero, naciendo entonces otra *juris tantum* a favor del adquirente.

Considerando la prescripción consumada, el desconcierto es evidente. El artículo 207 de la Ley concede acción al tercero civil de mejor derecho para impugnar tanto la inscripción matriculadora como las que de ella derivan por título oneroso. Vencidos los dos años desde la primera la acción prescribe y el artículo 32 ampara al titular inscrito. El usucapiente que al otorgarse el título matriculador había ganado el dominio por prescripción ordinaria o extraordinaria, es un tercero civil de mejor derecho; dados los términos categóricos del artículo 36, el 32 y el 207 son letra muerta.

En la supremacía de la prescripción consumada no veo las salpicaduras de la teoría tradicionista, por cuanto si el tercero no es dueño por falta de tradición real, aquélla tan aplicable es si contra el título inscrito reacciona el dominio ganado por prescripción, como el derivado de otro no por ella convalidado; esa teoría viene a limitar el alcance del principio de prioridad. Aquí se nota el influjo de la incorrecta interpretación del antiguo artículo 35 y de la necesidad de proteger a la posesión «Viva y fecundante» que nos dijo el Real decreto de 1927, reformador del 41 de la anterior Ley. Al ponderar las situaciones con ecuanimidad, no veo el por qué las consecuencias de la pasividad del propietario que se duerme en la almohada de la inscripción y de la del usucapiente que descansa en la de la prescripción, *tiene que soportarlas el tercero*; sobre todo si la consumación se produce contra el título inscrito. Al no estar registrada la finca, el usucapiente queda a la expectativa; si le lla-

man a juicio, llega el momento de defenderse ; si se le perturba en el disfrute de su derecho, a él corresponde la ofensiva ; pero al existir en el Registro un estado de derecho contradictorio con el suyo, en sus manos está el demandar al titular de la inscripción para que reconozca el derecho del actor y logre éste la protección registral. Situados el dueño iuscrito, contra quien se consumó la prescripción, y el usucapiente en pie de igualdad, origina aquélla una situación entre partes, sin barreras infranqueables ni presunciones difíciles de vencer que impidan al segundo la consecución de una Sentencia, declarando que ganó el dominio, Sentencia apta para que éste ingrese en el Registro.

ALFREDO REZA
Registrador de la Propiedad