

Apostillas a unos comentarios. La prescripción y el Registro

En la revista de *Derecho Privado* ha publicado el culto Notario de Madrid D. Angel Sanz un artículo interesantísimo sobre la reforma de la Ley Hipotecaria. El trabajo, de notable sistematización, técnica depurada y elevado tono científico, es una muestra de la cultura y preparación de su autor. Tiene muchos aciertos, que nos complacemos en señalar desde aquí. Conformes en que el expediente de dominio no debía de tener la limitación de dos años para producir efectos plenos ; de acuerdo en que eso no sucede cuando con él se reanuda el tracto ; suscribimos también la tesis de que no existen legítimas que no sean de parte alícuota, y tampoco sabemos de ningún caso en que el legitimario no tenga el camino expedito para entablar el juicio de testamentaría ; finísima y acertada la crítica que hace de las disposiciones que regulan en distinto sentido las declaraciones de obra nueva, según se hagan en escritura especial destinada a ese objeto o en títulos posteriores de transmisión. Tampoco nosotros alcanzamos la razón de esa diferencia, y nos preguntamos también : ¿ a qué hacer en el primero de los casos intervenir al contratista o al arquitecto ? ¿ Y en los espacios rústicos ?...

También de acuerdo en que los cuatro últimos apartados del artículo 8.º no tenían vida registral, aunque no lo estamos en negar fundamento a la excepción con relación a Galicia y Asturias, pues en esas regiones el caserío es una entidad agraria especialísima, que sirve a una economía completa y cerrada. Tiene, pues, una realidad física, jurídica y económica, y la tiene que tener registral.

También nos parece acertada la apreciación que hace del valor hipotecario del aplazamiento de pago.

Y al lado de esos aciertos, innegables, nos parece apasionada la

despiadada crítica que hace del artículo 355. Es posible que los Tribunales sigan desconociendo esta disposición ; pero no podemos olvidar que, en buena hermenéutica legal, las disposiciones posteriores derogan a las anteriores, y si por ese artículo 355 se ven afectadas algunas disposiciones del Código civil, no tendrán más remedio que replegarse a esta situación creada, por lo menos, en el aspecto legal.

Y vamos ya con el objeto principal de nuestro trabajo, que no es otro que combatir en cierto modo la interpretación que este ilustre comentarista da a la reforma de la Ley Hipotecaria, en cuanto al problema concreto de la prescripción y el Registro, que juzgamos asaz apasionada e influenciada, tal vez, por la postura que, con acierto y tesón, defendió en el seno de la Comisión de reforma de que formó parte.

Confesamos de antemano que el problema es complicado y espinoso, que es muy difícil abarcar en una síntesis precisa y justa los diversos intereses en juego ; pero, de todos modos, no nos resignamos a creer que con la reforma ha empeorado la situación del titular inscrito con relación al poseedor extrahipotecario, que ha prescrito su derecho, fuera del Registro.

¿Cómo hemos de conseguir nuestro objetivo? Intentaremos situar el problema ; ya veremos después si el intento es superior a nuestras fuerzas. Para ello expondremos la tesis del señor Sanz ; luego reflejaremos la situación del problema en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina al advenir la reforma ; después estudiaremos la reforma en relación con este problema ; y, por último, extraeremos las consecuencias que, a nuestro entender, se deducen de este estudio. Este es nuestro plan, y a él procuraremos concretarnos.

Pero antes de nada queremos dejar aquí sentado que la reforma, en general, nos parece loable, acertada y beneficiosa. No se ha dejado influenciar por las corrientes jurídicas extranjeras tan en boga, sino que ha procurado inspirarse en lo más rancio y tradicional de nuestro Derecho patrio. Es ese su primer acierto. Es moderada y ha querido recoger las conclusiones a que había llegado la jurisprudencia y la doctrina en puntos controvertidos (la inclusión de la buena fe en las características del tercero protegido, la valoración hipotecaria del aplazamiento de pago, etc.), y ello es su segundo gran acierto. Ha tratado de fortalecer la inscripción, pero sin llegar

a declararla obligatoria ni imprescriptible, y esto sí que es su definitivo acierto.

Desarrollemos nuestro plan. Sobre el problema de la prescripción y el Registro dice Sanz: «El problema más grave se ha planteado en la prescripción adquisitiva, en el que se distinguen las siguientes hipótesis: A) Prescripción adquisitiva *secundum tabulas*: es extraordinariamente favorecida como consecuencia de la legitimación registral que proclama el artículo 24. El titular registral tiene a su favor la presunción de que posee pública, pacífica e ininterrumpidamente y con buena fe, y la inscripción es considerada como justo título. Es dudoso si se establece para el título una regla jurídica inatacable, de forma que siempre, y sin posibilidad de impugnación, tenga la inscripción aquella consideración o que deba interpretarse que existe aquí una simple presunción *juris tantum*, susceptible de prueba en contrario. El nexo que, como se ha visto anteriormente, hay entre los artículos 24 y 35 lleva, a mi juicio, a esta última solución. (Normalmente no cabrá, sin embargo, prueba en contrario, salvo de falsedad, puesto que la inscripción no puede hacerse sin título. Sólo podrá plantearse el supuesto en caso de que la inscripción sea de inmatriculación y practicada por expediente de dominio o por acta de notoriedad.)

B) Prescripción adquisitiva *contra tabulas*. Recogiendo la distinción que establecía ley anterior, separa el artículo 36 una doble hipótesis: la de que haya terceros o no los haya. En el primer caso rige la Ley Hipotecaria; en el segundo no existe problema registral, pues rige íntegramente y sin modificación alguna el Código civil. El grave problema que plantea la usucapición *contra tabulas* se puede resolver con arreglo a dos criterios: 1.º Conceder preferencia al Registro, estimando que la prescripción—esté consumada o en curso—no puede perjudicar al titular inscrito que tenga la consideración de tercero; como consecuencia, en cada transmisión se opera una interrupción de la usucapición, si está en curso, o se la deja sin efecto si está consumada. 2.º Conceder preferencia a la realidad extrarregistral, permitiendo que la prescripción, ya consumada o en curso, perjudique al tercero, siempre que éste sea titular de un derecho real que lleve consigo la posesión de la cosa; y, por tanto, la transmisión de la finca no dejará sin efecto la prescripción consumada, ni será causa de su interrupción si está en curso.

La ley reformada ha tomado una posición ecléctica ante esas dos posturas extremas y contradictorias: a) Usucapión ordinaria: a') Si es titular del dominio o de algún derecho real limitado cuyo disfrute sea incompatible con la posesión o causa de la usucapión, pues a ese titular no le perjudica, en principio, la prescripción, a menos que se dé alguno de los casos siguientes: «1.º Que el titular inscrito haya adquirido de mala fe o con culpa lata», que se han de dar siempre—según este autor—, por pequeña que sea la diligencia empleada en averiguar el estado de las fincas o derechos adquiridos. «2.º Cuando habiendo obrado de buena fe»—es muy difícil que esto suceda, en opinión de este señor—y sin negligencia, consienta expresamente el estado posesorio, o, tácitamente, no pidiendo la posesión de la finca en el plazo de un año a contar de su adquisición.

Estas reglas se aplican por la ley en el supuesto de que la prescripción esté consumada o le falte un año para su consumación. Si se halla en curso, faltándole más de un año, solamente se establece la posibilidad de interrumpir del apartado segundo, ampliando el plazo a todo el tiempo que falte para la consumación. *No obstante, es de toda evidencia que la regla primera, referente a la mala fe y culpa lata, debe aplicarse también en este caso.*

Si es titular de un derecho real que no lleve consigo la posesión de la cosa (se refiere a las hipotecas), «no será en ningún caso perjudicado por la posesión».

De la prescripción extraordinaria no habla la ley, y de ello deduce que, como regidá por el Código civil, se da siempre contra el Registro. En resumen, que, en opinión del señor Sanz, la reforma, en este aspecto, es un retroceso, pues la prescripción extraordinaria se da siempre, aun contra tercero, y la ordinaria se da cuando hay mala fe o culpa lata, y como estos dos supuestos se dan siempre, en su opinión, resulta que se da siempre también. ¿Qué hemos, pues, adelantado entonces?... Y ya que deja fuera del ámbito de los perjuicios a la hipoteca, ello será sólo provisionalmente; pues, si al ejecutar dicho derecho no hay postor en la subasta de la finca (de ser cierta la doctrina del señor Sanz, no le habrá nunca que la finca no esté poseída por el titular registral) el acreedor hipotecario, por adjudicación, se convierte en dueño, ¡ah!, entonces habrá empeorado su situación, pues contra él, ya dueño, se dará la prescripción ganada, y perderá el dominio y, por tanto, la hipoteca.

¿Cuál era la situación de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina al advenir la reforma?

Las normas legales que ordenaban este problema eran los artículos 462, 1.949 y 1.959 del Código civil, y 34, 35 y 396 de la Ley Hipotecaria.

De esas disposiciones se deducía: 1.º Que, a los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, la posesión de inmuebles y derechos reales se pierde y transmite con arreglo a la Ley Hipotecaria. Se le da, pues, a esta ley una clara preferencia en la solución de este problema, y nótese que esta preferencia de la Ley Hipotecaria la establece precisamente el Código civil, no la ley.

2.º Que contra un título inscrito en el Registro no se dará la prescripción ordinaria en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo necesario para esta prescripción desde la inscripción del segundo. Es verdad que este supuesto, en la actualidad, no puede darse si se lleva bien el Registro; pero podía darse antes, cuando era posible inscribir la posesión estando el dominio inscrito a favor de otra persona.

3.º Que se prescriben el dominio y los derechos reales por la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe.

Esta era la doctrina del Código civil.

¿Y cuál era la de la Ley Hipotecaria? El artículo 34 decía: «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito.» Esto quería decir que si alguien adquiría a título oneroso de quien tuviese inscrita tan sólo la posesión e inscribía su adquisición, a pesar de ello no era tercero protegido, en tanto la prescripción no se operase.

El 35 prescribía lo siguiente: «La prescripción que no requiera justo título (la extraordinaria) no perjudicará a tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla.» Tampoco vemos medio de que en estos momentos entre en el Registro, bien llevado, una posesión contradictoria de una situación inscrita; por eso el tercero inscrito nada tenía que temer de una prescripción extraordinaria, que—según esta parte del artículo que acabamos de transcribir—nunca podía afectarle, a no ser que procediesen de situa-

ciones posesorias registradas en los tiempos en que eso era posible, aun en contradicción con otras inscripciones.

«Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título (la ordinaria), si éste no se halla inscrito.» La misma doctrina del artículo 1.949 del Código civil. Y, por último, establecía dicho artículo lo siguiente: «En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se está prescribiendo (tendrá que ser ésta la prescripción extraordinaria, pues, si no, no vemos cómo en contra del Registro puede haber título ni buena fe), se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.» Este párrafo es el que más ha complicado el problema y más dudas ha ofrecido a los comentaristas en su interpretación.

Y, por fin, el artículo 396 dice, en relación a este problema: «Las inscripciones de posesión perjudicarán o favorecerán a tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que a la posesión se atribuyen en esta ley. La inscripción de posesión no impedirá a quien tuviere mejor derecho a la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito, el ejercicio de las acciones reivindicatorias procedentes para obtener la declaración de aquélla.»

En resumen: que de la legislación anterior, serenamente interpretada, se llegaba a las siguientes conclusiones: 1.^a El tercero protegido por la ley nada tenía que temer, pues no le afectaban ni la prescripción ordinaria ni la extraordinaria; 2.^a Al dueño legítimo del inmueble o derecho que se está prescribiendo sólo le afecta la prescripción extraordinaria, y 3.^a Que el adquirente, aun a título oneroso y con buena fe, del que sólo tenía inscrita la posesión no podía contar con la protección registral, mientras la prescripción no se operase.

Y la jurisprudencia, ¿a qué conclusiones ha llegado?...

La sentencia de 20 de diciembre de 1901 dijo que no era tercero ni el dueño legítimo del inmueble ni sus causahabientes por título *lucrativo* universal o singular, y la de 19 de enero de 1909 dijo que sí lo era el sucesor a título oneroso. La de 20 de octubre de 1908 en cierto aspecto considera terceros al dueño y a los poseedores. La de 27 de abril de 1906, en la que, a pesar de tratarse—según el criterio del Supremo—de cuestiones entre dueños y poseedores y de prescripción, se aplica la Ley Hipotecaria y no el Código civil. La de 4 de julio de 1928—citada por Villares Picó—establece el rena-

cimiento, en favor de terceros, del derecho prescrito, pero no cancelado. Las de 27 de diciembre de 1932 y 20 de octubre de 1941—citadas por Roca—abundan en la misma tesis.

¿Y qué había dicho la doctrina? Dice Morell: «Nosotros creemos que el artículo 35 debe ser interpretado con arreglo a sus palabras, y, puesto que no distingue, tan dueño del inmueble o derecho real es el que lo fuese al empezar la prescripción como el que lo fuese al fin, y ya hubiese adquirido a título lucrativo o por título oneroso. Todos deben saber quién posee sus fincas y por qué las poseen, y son igualmente responsables de su abandono.» ¿Puede haber algo más contrario a la tesis registral? Va mucho más lejos que el Tribunal Supremo, que no considera tercero al dueño contra el que se está prescribiendo, pero sí a sus sucesores a título oneroso y con buena fe.

Y más adelante añade: «Si, pues, el dueño o la serie de dueños no son terceros, solamente puede aplicarse esa denominación a los que tengan algún derecho real distinto del dominio y constituido por el propietario legítimo sobre el inmueble o derecho que se prescribe.» Piensa, pues, Morell que, tanto el primer dueño como los sucesores, por título oneroso o lucrativo, no son terceros y les perjudica la prescripción. Y si lo son, en cambio, los propietarios de algún derecho real distinto del dominio y que traigan su causa de esos sucesivos dueños que no son terceros. ¿No es bien extraño que quien no tiene esa cualidad de tercero pueda transmitirla en cuanto no transmita todo su derecho, sino una parte?... No; a nuestro entender, el tercero del artículo 35 es el mismo tercero general del artículo 34, es decir, el adquirente a título oneroso y con buena fe de quien—según el Registro—le podía transmitir, que ha inscrito su adquisición, ya sea adquirente del dominio pleno, ya de algún derecho real sobre él; pues la otra interpretación, la de Morell, conduce al absurdo de que sea de peor condición el que tiene más derechos.

Villares Picó dice: «La inscripción, según el artículo 35, produce efectos relativos en cuanto al que tenga inscrito a su nombre el dominio u otro derecho real que, a la vez, otro esté poseyendo realmente y adquiriendo por prescripción, y produce efectos absolutos respecto al tercero que lo sea según el artículo 34 (nuestra tesis); es decir, que adquiriera fundándose en el Registro, sin te-

ner conocimiento de la prescripción que su transferente haya dejado producir a favor de un poseedor de hecho.»

Este artículo 35 aparece para algunos tratadistas como muy oscuro, y para Galindo y Escosura, seguidos por Morell, tan caliginoso, que los llevó al desatino. A nuestro entender, está claro, dándonos cuenta de que conserva en los dos primeros párrafos algo que hoy no tiene posibilidad normal; párrafos que vienen redactados de cuando se permitía inscribir títulos contradictorios del dominio—hasta 1.º de enero de 1875—y de cuando era posible inscribir la posesión aun hallándose inscrito el dominio a nombre de otra persona, según autorizaba el artículo 332 del Reglamento anterior, en relación con el artículo 402 de la Ley Hipotecaria reformada. Hoy es normalmente imposible pueda inscribir el poseedor sin título justo o con él, hallándose inscrito el mismo derecho a favor de otra persona. De suerte que, antes, el que adquiría por título oneroso de quien tenía inscrito el dominio de una finca habría de fijarse si la posesión de la misma estaba inscrita a nombre de otro y éste la adquiriese por prescripción. El tercero a que se refieren los dos primeros párrafos del artículo es el que adquiere a título oneroso, basándose en el Registro, como claramente lo dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 1909.

Y más adelante añade: «En cuanto atañe al dueño de un inmueble o derecho real, según el Registro, y que, a su vez, otra persona le está poseyendo de hecho el mismo inmueble o derecho real, es de aplicación el Código civil y triunfa la prescripción; pero, en cuanto aparezca en el Registro un adquirente por título oneroso y a base del Registro, el prescribente pierde su derecho adquirido por prescripción, sacrificándose ante el mejor derecho del tercero hipotecario. La sentencia del Supremo de 4 de julio de 1928 se acomoda a esta interpretación.» Y decimos nosotros, parodiando una frase célebre de D. Jerónimo González: ese prescribente que se durmió en la almohada de la prescripción, y que con esa prescripción ganada no procuró una rectificación del Registro a su favor, a nadie tiene que llorarle que del juego del artículo 35—y en cabeza de un adquirente de buena fe y a título oneroso—renazca de nuevo ese derecho del primer dueño que juzgó muerto.

Y, por último, Roca Sastre, autor de la máxima autoridad en estos momentos, después de abundar en la misma tesis de Villares,

de que normalmente ni otro título ni otra posesión pueden entrar en el Registro habiendo ya una inscripción contradictoria anterior, dice: «Actualmente hay que interpretar el artículo 35 de la ley como si en el fondo estableciera las siguientes normas: 1.^a No será obstáculo para la prescripción (ordinaria o extraordinaria) de bienes inmuebles o derechos reales el que en el Registro aparezcan inscritos; 2.^a La prescripción no perjudica a tercero.»

De esto surgen los dos distintos problemas que aquí se plantean: uno, relacionado con el principio de legitimación con vistas al titular inscrito, y el otro, relativo al principio de fe pública o de protección registral de los adquirentes.

El primero es un problema entre partes; el segundo es un problema de terceros, o sea de tráfico jurídico.

a) Hay que afirmar que la prescripción adquisitiva actúa sobre bienes inscritos. En este punto la Ley Hipotecaria no innova nada, como no sea el exigir que el prescribente que ha consumado la usucapición ataque también la inscripción de dominio, según dispone el artículo 24 de la ley. Fuera de esto, la usucapición actúa de acuerdo con el derecho civil. El titular inscrito y el prescribente no son terceros: son partes, no con relación a un contrato, sino con relación a una situación que la usucapición entraña.

Si el prescribente ha consumado la usucapición, entonces se produce la inexactitud registral, pues el Registro publica a un dueño que ha perdido el dominio—que adquirió el prescribente—, que tiene una acción para obtener que se rectifique el Registro y para asegurar su derecho podrá pedir anotación de la demanda.

Y mientras la prescripción no se ha consumado, podrá el titular inscrito interrumpir la posesión a medio del artículo 41 y su procedimiento, impidiendo que se consume.

b) En cuanto a los terceros que traigan causa del titular inscrito pueden darse dos casos: Prescripción consumada y hecha constar en el Registro por una acción de rectificación, tanto el titular inscrito como sus sucesores que no hubiesen hecho constar su derecho en el Registro con anterioridad a esta rectificación registral, pierden su derecho; prescripción consumada no hecha constar en el Registro por acción de rectificación, a los terceros protegidos por la fe pública registral, no les afecta esa prescripción. Resulta, pues, que en cada transmisión de la finca o derecho en

usucapición, ésta queda interrumpida si está en curso, y queda sin efecto si está consumada. En este segundo caso el prescribiente no puede quejarse, porque en su mano estaba evitar este resultado entablando el correspondiente juicio y anotando la demanda. El Tribunal Supremo acepta esta doctrina (Sentencias de 19 de enero de 1909, 27 de diciembre de 1932, 20 de octubre de 1941).

En nuestro sistema la usucapición no perjudica a tercero. Ante él la usucapición consumada o que se esté consumando, es inexistente...

No hemos seguido a la letra su exposición por no hacer demasiado largo este trabajo.

En nuestra modestísima opinión, la usucapición extraordinaria no se da contra el tercero protegido por la fe pública registral, porque no se puede inscribir la posesión que la produce tal cual hoy está la ley. Se da, en cambio, contra el titular inscrito que no es tercero con relación al prescribiente. La ordinaria tampoco se da contra el tercero protegido (tampoco se puede inscribir su título), y vemos muy difícil que se dé contra el dueño. ¿Cómo sería posible contra un justo título inscrito en el Registro otro también justo y una buena fe que obrasen sobre la misma finca fuera del Registro?... Devolviendo el argumento de Sanz, diremos: «¿Cómo puede presumir de diligente el poseedor extrahipotecario que no se ha enterado que hay inscrito un título contradictorio de su situación posesoria?»

Tal era la situación de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina al advenir la reforma. Es decir, aún había más, había unas garantías procesales en pro del derecho inscrito que, bien esgrimidas, con el juego del artículo 41, constituían una barrera casi infranqueable para que la prescripción afectase al titular inscrito. Por cierto que esas defensas procesales no han sido destacadas por los tratadistas más que incidentalmente y lo va a hacer el que estas líneas escribe que, en su actuación profesional, varias veces se abroqueló en ellas, con éxitos rotundos. Nos referimos a las que proporciona el juego del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Con arreglo a dicha norma, el titular inscrito pudo pedir la posesión judicial de la finca inscrita, y al oponerse el prescribiente en el procedimiento de los artículos 100 y 101 del Reglamento, alegando la prescripción a su favor, puede contestársele lo que se contestaba

por este modesto Letrado en pleito semejante, que por cierto fué tácitamente admitido por el compañero que dirigía la parte contraria y, desde luego, expresamente por el Juzgado en la sentencia. Decíamos entonces: «Se alega de adverso la prescripción como fundamento de las peticiones que se articulan, y nosotros decimos, «para poder alegar la prescripción, en este procedimiento, era necesario que ya estuviese declarada en una sentencia firme anterior. Y ello por varias razones: primero, porque este es un procedimiento especial con fines específicos y concretísimos; segundo, porque es de prueba limitada, y en él no puede darse la amplitud necesaria al debate, y tercero, porque sobre el mismo asunto puede volverse en juicio ordinario.» Y añadíamos: «Tal es el parecer también de insignes comentaristas de la Ley Hipotecaria.» Dice Campuzano: *«El contradictor de la presunción posesoria del Registro podrá alegar como título o causa de adquirir la prescripción, pero creemos que en el procedimiento especial que establece el Reglamento, desarrollando la doctrina del artículo 41, no puede hacerse la declaración de haberse prescrito el inmueble o derecho, por lo cual, cuando se alegue como título la prescripción por parte del poseedor extrahipotecario, dicha prescripción debe haber sido previamente declarada por los Tribunales.»*

En el mismo sentido se pronuncia López de Haro. Y es que la prescripción no puede producir efectos en relación al Registro, ni adquisitivos ni extintivos, si antes no ha sido declarada por sentencia ejecutoria. En este sentido dice Morell: «Para inscribir por prescripción es indispensable, por regla general, sentencia ejecutoria que la declare; y lo mismo para considerar extinguido un derecho por dicha causa y cancelarle en su consecuencia.»

La declaración de derechos adquiridos por prescripción, dice la Resolución de 27 de enero de 1868, es de exclusiva competencia de los Tribunales, y con arreglo a estos principios, sea cual fuere el número de años transcurridos para hacer constar en el Registro la extinción de un derecho, es indispensable el fallo ejecutorio. En el mismo sentido se expresan las Resoluciones de 16 de marzo del 81 y 21 de agosto del 95.» Y citaremos, por último, unas palabras del primer hipotecarista español, como acertadamente apellida a D. Jerónimo González el Sr. Sanz, y cuyo juicio compartimos en absoluto. Se refieren a las dificultades que ha de vencer el contra-

dictor del Registro. Son éstas: «Si los dos litigantes poseen de igual modo (uno *secundum tabulas* y el otro *contra tabulas*) deberá atenderse a la antigüedad de la posesión, y el titular *tendrá la presunción del Registro a su favor y de sus causantes*, mientras no sea destruída por el contrario. Si las posesiones son de igual antigüedad, *el título inscrito desenvolverá su fuerza hipotecaria*, aunque sea meramente una información posesoria... Por último, si todas las condiciones fuesen iguales, se resolverá la cuestión a favor del titular inscrito, porque el artículo 41 exige se declare de *mejor condición la posesión que contradiga sus asientos si ha de ser atendida*. En resumen, la inscripción por sí sola no acredita apodícticamente el estado posesorio, *pero grava al adversario con una prueba difícil por virtud de las distintas presunciones que éste ha de destruir.*»

No se nos tachará, por tanto, de apasionados si, en síntesis objetiva del problema, perfilamos su situación, al advertir la reforma. en las siguientes conclusiones: 1.ª Ni la usucapión ordinaria ni la extraordinaria se daban contra el tercero protegido por la fe pública registral. 2.ª Contra el dueño, no tercero, es muy difícil que se diese la usucapión ordinaria por la dificultad de que el poseedor extrarregistral ostentase justo título y buena fe en contra del titular inscrito; y 3.ª Contra ese titular inscrito, que no es tercero protegido por la *fides publica*, se da la usucapión extraordinaria, no sin antes destruir una serie de barreras procesales que, hábilmente esgrimidas, pueden constituir un obstáculo infranqueable.

Y la reforma, ¿cómo trata este problema?... Dedicamos a él los artículos 35, 36 y 41 en ciertos aspectos.

El artículo 35 mejora notablemente la posición registral, en la prescripción *secundum tabulas*, considerando como justo título la inscripción y se presumirá que el titular inscrito ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa. Establece, pues, que es la usucapión ordinaria la que se consigue a través del Registro.

Nos parece completamente equivocada la discusión que entabla el Sr. Sanz sobre si la presunción que sobre el título establece el artículo 35 de la nueva Ley es *juris tantum* o *juris et de jure*. A nuestro entender, no hay tal presunción, sino una afirmación ro-

tunda y categórica. Véanse si no las palabras de la Ley, que no son otras que las siguientes: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito *será justo título la inscripción.*» No dice se presumirá título, o se considerará como título, sino *será título*. ¿Cómo puede sostenerse que esa afirmación implica una presunción de ninguna de las dos especies?...

¿Quid de la usucapión *contra tabulas*?... Tal problema le trata en el artículo 36, y en el aspecto de defensa procesal del Registro, contra ella, en el artículo 41. El artículo 36 dice: «Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales 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 en el tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición...

¿Cómo deben entenderse estas reglas?... A nuestro entender, ellas quieren decir que la prescripción, tanto la consumada como la consumable dentro del año, sólo puede afectar a tercero con mala fe o culpa lata, es decir, al tercero que no es tal tercero. Lo mismo exactamente que antes de la reforma, con la variación de penar la inacción del que consiente, sin hacer nada durante un año, que la prescripción se consume.

Y ¿a qué prescripción se refieren estas reglas, a la ordinaria o a la extraordinaria?... No lo dice la ley «*et ubi lex non distinguunt*»... Parece, pues, que se refiere a las dos, pero como nosotros estimamos imposible que contra el Registro se pueda ostentar buena fe ni justo título, no queda, a nuestro entender, como comprendida en estas reglas más que la usucapión extraordinaria. Tesis por completo opuesta a la del Sr. Sanz, que dice que se refieren a la ordinaria.

Sigue el artículo: «La prescripción comenzada perjudicará al titular inscrito si éste no la interrumpe en la forma y plazos antes

indicados, y sin perjuicio de que pueda interrumpirla antes de su consumación total.»

Este párrafo confesamos que no le entendemos, porque nos preguntamos : ¿Cuándo se entiende que la prescripción está comenzada?... ¿Cuándo comienza la posesión?... Otra pregunta : ¿Qué se entiende por consumación total?... ¿Es que hay consumaciones que no son totales?...

Continúa el artículo : «En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se está prescribiendo y a sus sucesores que no sean terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.» Esta doctrina ya estaba contenida en el artículo 35 antiguo con el añadido de señalar que hay sucesores del dueño que son terceros y otros que no lo son, en acatamiento a la jurisprudencia que consideraba terceros a los sucesores a título oneroso y no a los sucesores a título lucrativo, ya fuese universal o particular. No nos parece mal esta aclaración. Continúa : «Los derechos adquiridos a título oneroso y con buena fe que no lleven aparejada facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirá por usucapión de éste. No es otra cosa, este párrafo, que la declaración de que, a los terceros titulares de un derecho que no implique posesión de la cosa, no les afecta su prescripción.» Nos recuerda la doctrina de Escosura y Murrell que, en último caso, a estos derechos es a los que declaraban inatacables.

Sigue diciendo : «Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión o causa de la usucapión, o cuando siéndolo, reúnen sus titulares las circunstancias y procedieron en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.» ¿A qué situaciones jurídicas se refiere este párrafo?... No nos atrevemos a entrar en su análisis porque tememos perdernos, ya nos las irá concretando la Jurisprudencia.

Y, por último, el párrafo final dice : «La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudica siempre al titular registral, aunque éste tenga condición de tercero.»

Parece que sanciona, con la pérdida de su derecho, al titular que

se duerme sobre la almonada de la inscripción y no utiliza los medios que la Ley pone a su disposición para hacerle efectivo.

Esta es la reforma en este punto concreto de la prescripción en relación con el Registro; como se habrá podido deducir de nuestras observaciones, no hemos podido formar de ella un juicio lisonjero.

Es, a nuestro entender, oscura, incompleta en algunos extremos y minuciosamente detallista en otros. Tiene para nosotros el garrafal defecto de asimilar dos situaciones completamente distintas: la de la prescripción consumada y la en que falta un año para la consumación; y la mediatizan tres obsesiones: la de la doctrina de la buena fe, la de la culpa lata y la de la consumación. Y, además de ello, no nos dice cuándo se puede tener por consumada una prescripción. ¿Es que basta con el transcurso del tiempo, o es que es necesario, como nosotros pensamos, que una sentencia judicial la declara?...

Pero, así y todo y con estos lunares, la doctrina tradicional se impone, y también, a través de esta reforma, se tiene que llegar a las mismas conclusiones de siempre. Tampoco ahora se dan la prescripción ordinaria ni la extraordinaria contra el tercero protegido por la fe pública registral; tampoco ahora al poseedor extrahipotecario le será fácil—en nuestra opinión, ni posible—ostentar contra el Registro buena fe y justo título; y también ahora a la prescripción extraordinaria, si ha de afectar al titular inscrito que no es tercero protegido, ha de ser después de salvar una serie de obstáculos y barreras procesales casi infranqueables.

Y es que así tenía que ser, pues si siempre se sacrifica el Registro a lo que sucede fuera de él, se habrá acabado con el Registro y con la propiedad; pero también si se le hace hermético y no se deja un resquicio por el cual entren en él las realidades exteriores legítimas y debidamente declaradas, se habría creado una situación de violencia que terminaría por acabar con la Institución.

¿Quid de las garantías procesales después de la reforma?... Están, como decíamos, establecidas en el artículo 41, de un vigor y una fuerza extraordinariamente superior a la que tenían en la legislación anterior. Dice así: «Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse, mediante un procedimiento de ejecución, contra todos los que no inscribieron sus

títulos y se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente.

»El Juzgado, a instancia del titular, adoptará las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar, en todo caso, el cumplimiento de la sentencia que recayere.

»A la persona o personas designadas por el propio titular como causantes del despojo o perturbación, se las emplazará para que, en el plazo de seis días, puedan personarse en autos.

»Si comparecieren, prestarán caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, y, verificado, se les concederá un plazo de diez días para formular demanda de contradicción.

»En caso de incomparecencia o de no cumplir con lo dispuesto en el párrafo anterior, se dictará auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito.

»La demanda de contradicción se sustanciará por los trámites de los incidentes. Sólo podrá fundarse en cualesquiera de las causas siguientes :

»1.^a Falsedad de la certificación registral y omisión en ella de derechos o condiciones inscritas o constantes en el Registro que desvirtúen la acción ejercitada.

»2.^a Poseer el opositor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de *prescripción*, siempre que ésta deba de perjudicar a titular inscrito según el artículo 36.

»3.^a Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del opositor.

»4.^a No ser la finca inscrita la que realmente posea el opositor.

»Cualquiera otra reclamación se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo.

»Si el titular registral no contesta a la demanda de contradicción, se dictará auto teniéndole por desistido del proceso de ejecución y por renunciante a la acción real ejercitada, sin perjuicio de poderla ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

»Las sentencias dictadas en estos procesos no producirán ex-

cepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho en las partes a promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión.»

En tres direcciones distintas actúan las garantías procesales establecidas en este artículo en defensa del derecho inscrito. También actúa como defensa del Registro, evitando oposiciones infundadas, la necesaria caución que ha de prestar el opositor. Primero, porque establecen un procedimiento de ejecución adecuado a conseguir la efectividad inmediata de ese derecho. Precisamente el fracaso del artículo 41 anterior fué originado por no haberle dotado de un procedimiento especial de ejecución, ya que al remitirle al procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, se le descubrió el talón de Aquiles por donde había de llegarle el ataque; y la oposición, que enerva estos procedimientos, dió en tierra con esta garantía.

Por eso es digna de loa la reforma en este aspecto, que pone en manos del titular inscrito todos los medios que estime necesarios a la efectividad de su derecho. «Todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia que recayere», dice el artículo.

Segundo, colocando al titular inscrito en postura de demandado, con todas las ventajas procesales que de esta postura se deducen. Y diremos aquí, a este respecto, que no consideramos acertada la observación de Sanz cuando dice que la prescripción actúa como excepción. No; ello será exacto cuando se la opone a quien nos exige el cumplimiento de una obligación extinguida por ese medio, pero no cuando se la opone al Registro, ya que para esgrimirla contra él, antes como ahora, ha tenido que ser declarada en sentencia judicial, previo el ejercicio de la oportuna acción.

Y tercero, limitando los motivos de oposición. El que no se encuentre en alguno de los cuatro casos en esta disposición establecidos, nada tiene que hacer contra el Registro en este procedimiento.

Uno de los motivos de oposición comprendidos en el número 2.º es la prescripción ganada y que deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36. Y ¿basta el transcurso del tiempo y que se den las demás circunstancias, para que se pueda oponer esta prescripción al Registro, o es necesaria una declaración judicial previa y en procedimiento adecuado?... A nosotros no nos ofrece la menor duda la necesidad de este último requisito. Esa era la doctrina al

advenir la reforma, como antes hemos visto, y hoy, después de ella, subsisten todas y cada una de las razones que entonces la justificaban. Tampoco ahora puede dejarse el determinar si se ha dado o no la prescripción a la afirmación de la parte que quiere hacerla valer; tampoco ahora se puede declarar, en este procedimiento de fines concretísimos, de tasados motivos de oposición y de efectos provisionales; y tampoco la sentencia de ahora, como la de antes, produce excepción de cosa juzgada. ¿Qué se diría de una prescripción declarada sobre la que se podría volver en otro procedimiento?...

Llegamos al final de nuestro trabajo con las dudas y vacilaciones que teníamos al principio, notablemente aumentadas. Y es que este tema de la prescripción en relación con el Registro es de una sutileza y una dificultad muy superior a nuestras fuerzas. Pero, en fin, como lo que nos hemos propuesto es tan sólo llamar la atención sobre el tema a compañeros de superior preparación y cultura, si eso conseguimos, nos daremos por satisfechos.

JOSÉ AZPIAZU RUIZ.

Registrador de la Propiedad.