

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 21 DE ENERO DE 2014 (237/2014)**

**Improcedencia de la prescripción
adquisitiva ordinaria de bien inmueble.
Requisitos de la “prescripción contra tabulas”
en perjuicio de tercer adquirente**

Comentario a cargo de:
Antonio Cabanillas Sánchez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 21 DE ENERO DE 2014**

ID CENDOJ: 28079110012014100038

PONENTE: *EXCMO SR. DON ANTONIO SALAS CARCELLER*

Asunto: En esta sentencia se aborda la controvertida cuestión de la vigencia del art. 1949 del Código Civil, considerando el Tribunal Supremo que no procede la prescripción adquisitiva *contra tabulas* frente al tercero adquirente de un inmueble. Ese artículo no es aplicable porque no está vigente, debido a que es incompatible con el art. 36 de la Ley Hipotecaria, cuya redacción procede de la Reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, que se incorporó al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946. El tercero adquirente que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad no puede ser perjudicado al no concurrir los requisitos que prevé este precepto para que opere la prescripción adquisitiva *contra tabulas*. El tercero adquirente es de buena fe y el usucapiente no posee a título de dueño.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. La vigencia del art. 1949 del Código Civil. 5.2. La aplicación del art. 36 de la Ley Hipotecaria. El requisito de la buena fe del tercero adquirente y la falta de posesión a título de dueño por el usucapiente. 5.3. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

La sentencia trata sobre la usucapición de dos plantas de un edificio sin inscripción de los títulos, la cual se invoca en contra del tercero que lo adquirió en virtud de compraventa que consta en escritura pública, cuya nulidad se demanda, figurando el tercero adquirente en las correspondientes inscripciones de dominio que se practicaron en el Registro de la Propiedad.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de 31 de julio de 2009 por la que desestimó tanto la demanda como la reconvenición y resolvió no haber lugar a declarar la nulidad de pleno derecho del contrato privado de compraventa y la escritura pública de venta, como tampoco de las inscripciones de dominio practicadas, por cuya virtud se vendió la totalidad del edificio a Promociones MCM 2003, SL e igualmente declaró que los reconvinientes junto con Doña Tamara eran propietarios por terceras e iguales partes, en común y proindiviso, de las plantas NUN 000 y NUM 001 del edificio por usucapición, tal como habían interesado de forma subsidiaria, todo ello sin especial declaración de costas.

3. Solución dada en apelación

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue recurrida en apelación ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia de fecha 8 de octubre de 2010 por la que desestimó el recurso, señalando que en el presente caso se pretende una usucapición *contra tabulas*, ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca que ostenta la condición de tercero hipotecario, por aquella que se dice poseedora sin título inscrito, si bien su posesión es de fecha anterior a la de la inscripción del titular protegido, y estas circunstancias hacen inmune al tercero hipotecario frente a la usucapición ordinaria pretendida. La sentencia impugnada razonó en el sentido de que no cabía admitir tal modo de adquirir en el presente caso, puesto que se trataba de una prescripción ordinaria, que según el art. 1949

del Código Civil requería que el usucapiente, a su vez, tuviera título inscrito a su favor, sin plantearse la sentencia el problema de la actual vigencia de dicha norma.

4. Los motivos de casación alegados

La parte recurrente afirma que la demandante no actuó con buena fe y en consecuencia no es tercero hipotecario en los términos que para ello requiere la Ley Hipotecaria.

También considera que la sentencia impugnada ha vulnerado el art. 1949 del Código Civil, al hacer aplicación del mismo frente a una disposición, como la del art. 36 de la Ley Hipotecaria, que resulta incompatible con aquél y que ha de entenderse que lo derogó por ser de fecha posterior.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *La vigencia del art. 1949 del Código Civil*

El Tribunal Supremo señala que la fundamentación y los términos en que el primer motivo del recurso viene formulado exigen razonar sobre la vigencia del art. 1949 del Código Civil frente a lo dispuesto por el art. 36 de la Ley Hipotecaria.

El Alto Tribunal pone de relieve que esta Sala ha hecho mención del art. 1949 del Código Civil en sentencias de 28 de diciembre de 2001 (1264/2001) y 20 de febrero de 2007 (211/2007), sin descartar su vigencia, aun cuando 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 caso, ya que la *ratio decidendi* 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

El art. 1949 del Código Civil ha sido derogado por el art. 36, apartados I y II de la Ley Hipotecaria de 1946 que regula los distintos supuestos de usucapición *contra tabulas*.

La actual redacción del art. 1949 es la originaria del año 1889 y en dicho momento la norma estaba perfectamente coordinada con el art. 35 de la Ley Hipotecaria de 1869, que se mantuvo en el año 1909, mientras que la redacción actual del art. 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.

Bajo dicho régimen, en la usucapación *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 art. 1949 del Código Civil, y ello se tratara de usucapación ordinaria o extraordinaria.

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

En el primer caso, la solución viene a coincidir con el anterior art. 35 de las Ley Hipotecaria, 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 usucapación 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 se 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, 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, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición.

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

La amplia argumentación que aparece en esta sentencia se explica por ser una de las cuestiones más debatidas, sobre todo por su complejidad, en nuestro Derecho inmobiliario registral, no faltando estudios que se dedican monográficamente a examinarla. No obstante, como observa FENOY (2002, pg 3372), la vigencia o derogación del art. 1949 del Código Civil significa plantearse simultáneamente cuál es el ámbito de aplicación del art. 36 de la Ley

Hipotecaria: ¿ Sólo se aplica a la usucapión extraordinaria *contra tabulas*?, ¿ sólo a la ordinaria?, ¿ están ambas incluidas? Con estas cuestiones se advierte la importancia práctica del problema. En las reflexiones finales de su extenso y documentado estudio, FENOY (cit., pg 3827) pone de relieve que si se admite la vigencia del art. 1949 del Código Civil es claro que se está dificultando la posibilidad de la usucapión ordinaria *contra tabulas* frente a tercero. El título del que se pretende adquirir por usucapión ha de acceder al Registro de la Propiedad y un buen funcionamiento del sistema registral lo impedirá. Su título es incompatible con el del tercero y habrá cierre registral. Y si no accede al Registro de la Propiedad lo que el art. 1949 del Código Civil nos indica es que no es jurídicamente posible la usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero. Este puede estar tranquilo, pues tiene la mayor protección posible: nadie le podrá privar de su titularidad mediante la prescripción adquisitiva ordinaria mientras no tenga lugar aquel acceso al Registro de la Propiedad y esto es sumamente difícil que ocurra.

La mayor parte de los autores se pronuncia en términos parecidos a los de esta sentencia, al considerar que el art. 1949 del Código Civil está vigente. Se tiene en cuenta que el nuevo art. 36 de la Ley Hipotecaria establece una regulación sobre la usucapión *contra tabulas* distinta a la de aquél, sin exigir en ningún caso un título inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del usucapiente. Algunos autores tan solo consideran vigente el art. 1949 del Código Civil en algunos casos concretos (FENOY, pgs 3804-3807) como el de la doble inmatriculación, que se da con cierta frecuencia, si bien se sostiene que la regla general es la de la incompatibilidad de ambos preceptos, y por tanto, la derogación tácita del art. 1949 del Código Civil.

No faltan autores, de notable prestigio, que abogan por la vigencia del artículo 1949 del Código Civil con carácter general. No sólo en casos muy específicos. Apoyándose en la opinión de Rafael NUÑEZ LAGOS (1962, pgs 110-114) y de algunos otros autores, así como en la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1992 (12650/1992), GARCÍA GARCÍA (2002, pgs 132-136) defiende su vigencia con múltiples argumentos. Tiene en cuenta que la finalidad del Registro de la Propiedad es la publicidad del dominio y de los derechos reales, de tal manera que supone un olvido inadmisibles no tener en cuenta la pasividad respecto a la institución registral. Pero lo más decisivo es que se olvida que el artículo 1949 del Código Civil está vigente en el sentido de no dar preferencia respecto a tercero a una usucapión ordinaria no acomodada a los datos del Registro de la Propiedad, por lo que, como decía Rafael NUÑEZ LAGOS (cit, pg. 110), al art. 36 de la Ley Hipotecaria en las relaciones entre tercero y usucapiente, sólo le queda sitio para la usucapión extraordinaria. En la usucapión ordinaria faltaría la buena fe del usucapiente, que, dada la finalidad y efectos del Registro, ha conocido o podido conocer la titularidad contraria a su posesión. El fundamento del art. 1949 del Código Civil es la publicidad registral, en el sentido de que no es posible la buena fe

de la usucapición ordinaria contra los pronunciamientos registrales, salvo que el propio usucapiente se haya acogido a la publicidad registral. Además, de conformidad con el art. 35 de la Ley Hipotecaria, la inscripción opera en beneficio del titular registral frente al usucapiente, que no puede disponer de justo título mientras subsista la inscripción.

GARCÍA GARCÍA (cit., pgs 134-136) refuerza su tesis invocando a LUNA (1991, pg. 2119), que sienta la premisa de que la prescripción ordinaria no corre ni se inicia contra el titular inscrito mientras no inscribe su título el usucapiente, de tal manera que parte de la vigencia del art. 1949 del Código Civil, de igual manera que la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992, que considera fundamental para justificar la vigencia de este precepto y, en definitiva, para desvirtuar la interpretación de que el art. 36 de la Ley Hipotecaria se refiere también a la usucapición ordinaria y no sólo a la extraordinaria. Esta sentencia pone de relieve la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación con los bienes inmuebles, frente a 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 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*, admitiéndolo sólo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente, valiendo la posesión anterior sólo a los efectos de la prescripción extraordinaria. Frente al punto de vista de ALBALADEJO (1993, pg 136), subraya que no hay parte afectada en el art. 36 de la Ley Hipotecaria, porque este precepto no se ocupa de la usucapición ordinaria sino de la extraordinaria, por ser la única a la que no se refiere el art. 1949 del Código Civil. En cualquier caso, se trata de un problema de solución discutible, que habrá de ser objeto de consolidación por parte de la jurisprudencia posterior.

La premonición de este reputado hipotecarista se ha cumplido, y la sentencia que comentamos seguramente la ha tenido en cuenta, si bien en contra de su opinión y de la de los autores y sentencias que pronuncian como él.

En contra de esta tesis, FENOY (cit, pgs 3807-3819) expone de manera muy detallada los argumentos que justifican la derogación del art. 1949 del Código Civil, que en síntesis aparecen reflejados en la sentencia que estamos analizando.

Desde una perspectiva realista, hay que subrayar que en la toma de posición adoptada influye la opinión que se sostenga sobre la clásica cuestión de los estudios de Derecho inmobiliario registral: ¿Cómo son las relaciones que median entre el Derecho civil puro y el Derecho inmobiliario registral?, ¿cuál tiene preferencia? Esto lo advierte con suma claridad GARCÍA GARCÍA (cit., pg 134) al referirse a que el tópico antihipotecarista de la aplicación del art. 36

de la Ley Hipotecaria a la usucapión ordinaria puede estar en vías de solución, tanto desde la perspectiva doctrinal como jurisprudencial.

A nuestro juicio, los argumentos que justifican la derogación del art. 1949 del Código Civil son difícilmente rebatibles. La razón decisiva para justificar la vigencia de este precepto, como vimos, radica en que se piensa que la reforma hipotecaria de 1944-46 respetó íntegramente el Código Civil. Pero como observa FENOY (cit., p. 3809), una cosa fue el propósito de la Comisión redactora de la Ley de 1944 de no inmiscuirse en el Código Civil y otra lo que finalmente se infiera de la Ley, una vez promulgada. Es cierto que ni la Ley de 1944, ni la de 1946, utilizan la clásica fórmula legal de que se consideran derogadas las normas que se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente ley. Pero su no expreso empleo no supone inaplicación. Toda nueva ley que entra a formar parte del ordenamiento y que trate de una materia previamente legislada implica derogaciones, expresas o tácitas. No son excepciones las Leyes de 1944 y 1946 y para serlo habrían tenido que indicarlo expresamente. El mero silencio de la nueva Ley no debemos interpretarlo como inaplicación. Consecuencia de ello es que la Ley Hipotecaria de 1946 ha derogado tácitamente los artículos incompatibles del Código Civil. Ello es posible porque la primera tiene el mismo rango jerárquico que la segunda y porque además es en nuestro Derecho Inmobiliario registral ley especial frente a la segunda. La incompatibilidad entre los arts 36 de la Ley Hipotecaria y 1949 del Código Civil existe porque el primero no exige al poseedor extrarregistral inscribir en el Registro de la Propiedad para poder adquirir mediante usucapión *contra tabulas*, mientras que el segundo sí lo hace. Añadamos que teniendo presente la redacción del art. 36 de la Ley Hipotecaria, con él se pretendió hacer la regulación integral de la usucapión *contra tabulas* y frente a tercero, lo que supone incluir la usucapión ordinaria y la extraordinaria. Además, es indiscutible que la Ley Hipotecaria de 1946 derogó la anterior Ley de 1909, como expresamente nos lo dice la Disposición final derogatoria. Esto significa que el art. 35 de la Ley Hipotecaria de 1909 ya no está vigente. Y no lo está porque ha sido sustituido por el art. 36 de la Ley Hipotecaria. Sabemos también que el art. 35 de la Ley Hipotecaria de 1909, aunque con distinta redacción, contenía la misma norma que el art. 1949 del Código Civil. Pues bien, no parece razonable entender por un lado que una misma regla se derogue por estar en la Ley Hipotecaria de 1909 y por otro se declare vigente, por encontrarse en el Código Civil. Con la Ley Hipotecaria de 1946 se está indicando que no se quiere el art. 35 y por ello tampoco el art. 1949 del Código Civil, ya que ambos coinciden sustancialmente. Si un artículo del Código Civil, en nuestro caso el 1949, recoge y reitera una norma hipotecaria, como es el art. 35, y luego esta última se modifica, la modificación afecta a ambas, y en el mismo sentido.

También hay que subrayar que el tenor literal del art. 36 de la Ley Hipotecaria no diferencia entre usucapión ordinaria y extraordinaria y si la ley no distingue no ha de hacerlo el intérprete. Por ello, la aplicación del art. 36 de la

Ley Hipotecaria a ambas usucapiones implica la derogación tácita del art. 1949 del Código Civil. El problema radica en que para que opere la usucapión ordinaria *contra tabulas* hace falta la buena fe del usucapiente y por ello se pregunta FENOY (cit, pg 3812), ¿ se puede ser de buena fe en contra de los pronunciamientos del Registro ?. La buena fe del usucapiente puede existir porque la inscripción de la propiedad y los derechos reales es voluntaria y declarativa, sin que exista una obligación ineludible de conocer la situación registral de la finca, es decir, de consultar el Registro de la Propiedad, por lo que la inscripción no impide necesariamente la buena fe. Por consiguiente, cabe la posibilidad de la usucapión ordinaria *contra tabulas*, que, como dijimos, no excluye el art. 36 de la Ley Hipotecaria, sino todo lo contrario.

En análogo sentido, ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ (2008, pgs. 465-467) señalan, con una amplia argumentación, a la que se opone GARCÍA GARCÍA, que a pesar de que el art. 36 de la Ley Hipotecaria no haya derogado de forma expresa el art. 1949 del Código Civil, no puede sostenerse que continua rigiendo este último. En consecuencia, es procedente sostener que el art. 36 I de la Ley Hipotecaria es plenamente aplicable a la usucapión extraordinaria, como lo es naturalmente a la ordinaria.

Hay que destacar que la relevancia que concede GARCÍA GARCÍA a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992, como expusimos, es cuestionable, porque el conflicto se planteó entre dos sujetos que realmente no podían ser considerados como terceros a los efectos de la usucapión, por lo que en ningún caso debió plantearse la aplicación del art. 1949 del Código Civil. En rigor, el caso no es de usucapión frente a tercero, sino *inter partes*. Por ello, lo que hubiera procedido aplicar era el art. 36 III de la Ley Hipotecaria (PETIT, 1992, pg 453; PEÑA, pg 144, nota 42; FENOY, cit, pgs 3821-3822; LÓPEZ FRÍAS, 2009, pg 4063).

Como dijimos anteriormente, la sentencia que comentamos menciona algunas sentencias del Tribunal Supremo que no descartan la vigencia del art. 1949 del Código Civil, pero lo hacen de manera incidental, pues en los casos contemplados no dependía de su vigencia el resultado del proceso (Sentencias de 28 de febrero de 2001, 1264/2001, y 20 de febrero de 2007, 211/2007).

Mayor interés tiene la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1999 (5259/1999) que contempla un caso de doble inmatriculación, la cual, como es sabido, produce la neutralización de los asientos contradictorios a consecuencia de la nota marginal que impone el art. 313 del Reglamento Hipotecario. En esta sentencia se afirma que la neutralización de los efectos registrales de los asientos por causa de la doble inmatriculación no puede refugiarse en el *prior tempore* ni en otros preceptos hipotecarios, sino que para resolver el problema ha de acudir al Derecho civil puro. No pueden aplicarse las presunciones del art. 35 de la Ley Hipotecaria (usucapión *secundum tabulas*), ni las reglas del artículo 36 de esta Ley (usucapión *contra tabulas*). Y

dentro del Derecho civil puro hay que acudir a la normativa del art. 1949 del Código Civil. Esto determina que algunos autores consideren vigente en este caso dicho precepto, aunque sea de manera excepcional, según veremos.

Existen, como es lógico, autores como FENOY (cit, pgs 3771 y sigs) que rebaten cada uno de los argumentos esgrimidos para justificar la vigencia del art. 1949 del Código Civil, y de esta manera fundamentar la aplicación del art. 36 de la Ley Hipotecaria, no sólo a la usucapición extraordinaria, cuya aplicación no plantea problemas, sino a la ordinaria. Pero lo más llamativo es que autores de gran autoridad, como DÍEZ-PICAZO (2008, pgs 847-850) ni siquiera se plantean la vigencia del art. 1949 del Código Civil, analizando exclusivamente el art. 36 de la Ley Hipotecaria al referirse a la usucapición *contra tabulas*.

Coincidimos con la tesis dominante en el sentido de no considerar vigente el art. 1949 del Código Civil, siendo aplicable con carácter general el art. 36 de la Ley Hipotecaria en los supuestos de usucapición *contra tabulas*, con tal que se cumplan los requisitos que establece este precepto. Por consiguiente, nos parece acertada en líneas generales la sentencia que comentamos. Como observa PEÑA (2001, pg 144 y nota 44), parece que el art. 1949 del Código Civil ha dejado de estar vigente y que el art. 36 de la Ley Hipotecaria agota las exigencias que la legislación específica establece para que una usucapición, consumada o sólo comenzada, pueda perjudicar al tercero. No obstante, plantea dudas que en el supuesto de doble inmatriculación, al que se refiere la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1999, no pueda ser aplicado este precepto. La cuestión ha sido planteada últimamente por YZQUIERDO TOLSADA (2011, pgs 1583-1584), considerando que la doble inmatriculación es terreno propio para aplicación del tan citado art. 1949 del Código Civil. Comparte la idea que algunos autores mantienen de que es el ámbito de la doble inmatriculación el que presenta un marco al que este precepto sirve de solución. Si uno de los contendientes tiene la condición de tercero hipotecario y el otro no, la colisión se deberá resolver en beneficio de aquél, pero si ninguno de los dos es tercero hipotecario o ambos lo son, la situación cambia radicalmente. Dos asientos vigentes, de igual rango y naturaleza, son por completo incompatibles entre sí, y entonces hay que tener en cuenta lo que dispone el art. 313 del Reglamento Hipotecario. Se va a provocar una recíproca neutralización de los efectos de la fe pública registral que implica desplazar las normas del Derecho registral para que la controversia se tenga que resolver conforme a las reglas generales de estricto Derecho civil, confrontando los modos de adquirir de cada uno para resolver qué titulación ha de triunfar (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008 (100/2008)). Y en este supuesto triunfará quien, además de tener una inscripción a su favor, por contradictoria que sea con la de su oponente, ha mantenido también una correlativa posesión *ad usucapionem*. Como él no podrá hacer valer los efectos presuntivos propios de la inscripción, habrá de cargar con la prueba de tal posesión, y lo que no le facilitan el art. 38 ni el 35 de la Ley Hipotecaria, se lo procura por otra

vía el régimen común de la usucapión. Se podrá beneficiar en el terreno de la carga probatoria de la presunción de buena fe posesoria, pero habrá de probarse la posesión en concepto de titular, pública, pacífica e ininterrumpida, así como el título verdadero e válido. Si ello se logra, el que haya prescrito según las normas de Derecho civil ganará la contienda, provocando la cancelación de la inscripción del primer titular inscrito.

Fuera de este tipo de casos, auténticamente patológicos, YZQUIERDO TOLSADA (cit, pg 1584) participa de la idea, bastante extendida, de que en términos generales los arts 1949 del Código Civil y 36 de la Ley Hipotecaria son incompatibles. Este no exige que un poseedor extrarregistral tenga inscrita una titulación en el Registro para poder usucapir *contra tabulas*, cosa que si exige el art. 1949 del Código Civil, precepto que precisamente coincidía con la redacción del art. 35 anterior a las reformas de 1944-46. Si la Ley Hipotecaria quiso desde entonces algo distinto, no parece difícil concluir que el art. 1949 del Código Civil se encuentra derogado, salvo en los casos de doble inmatriculación, y acaso también en algún supuesto más, como sucedería si el poseedor con título nulo pero inscrito se opone a un titular con título válido y de inscripción anterior en el tracto o cadena de transmisiones.

El caso de la doble inmatriculación es la realmente importante, a nivel práctico, debido a la defectuosa delimitación de las fincas, que ha propiciado la posibilidad de que haya dobles inmatriculaciones en el Registro de la Propiedad (MORALES, 2000).

5.2. *La aplicación del art. 36 de la Ley Hipotecaria. El requisito de la buena fe del tercero adquirente y la falta de posesión a título de dueño por el usucapiente*

Tras reflejar el primer motivo del recurso de casación, y por tanto que no se pueda mantener la argumentación de la sentencia recurrida favorable a la vigencia del art. 1949 del Código Civil, el Tribunal Supremo considera que la cuestión que se discute ha de plantearse bajo el prisma de la aplicación de la normativa contenida en el art. 36 de la Ley Hipotecaria, lo que entronca con el segundo motivo del recurso, en que se denuncia la vulneración de este artículo, así como de otros de la Ley Hipotecaria y del Código Civil, partiendo de la negación en la demandante de la condición de tercero hipotecario, figura a la que se refiere el art. 34 de la Ley Hipotecaria, que establece una serie de exigencias para la protección que dispensa con base en la inscripción registral, como son la adquisición a título oneroso, y de buena fe, del derecho del que resultaba ser titular registral el transmitente, que gozaba de la facultad de transmisión, siempre que el transmitente registre, a su vez, el derecho así adquirido. En relación con esas exigencias o requisitos, según consta en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia, se afirma que la demandante

no ha actuado con buena fe y en consecuencia no es tercero hipotecario en los términos que para ello requiere la legislación especial.

Si no se daba la ineficacia del contrato de compraventa otorgado a favor de Promociones MCH 2003 SL como compradora, en todo caso los reconvientes, que son los recurrentes en casación, habían adquirido la propiedad de las plantas NUM000 y NUM001 del edificio por usucapión al haber poseído durante más de diez años con todos los requisitos necesarios para ello.

De acuerdo con los principios que informan a nuestro Derecho inmobiliario registral, no cualquier titular registral puede ser considerado como tercero que merezca protección a propósito de la usucapión *contra tabulas*. Sólo lo es quien reúna los requisitos del tercero hipotecario del art. 34 de la Ley Hipotecaria, como establece con suma claridad el art. 36 de esta Ley, al disponer que la prescripción adquisitiva consumada, o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, sólo prevalecerá frente a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al art. 34, en los dos supuestos que prevé. Uno de estos requisitos es el de la buena fe, que es el que tiene básicamente en cuenta nuestro legislador en el art. 36 de la Ley Hipotecaria. No se fija en la inscripción del usucapiente, como el art. 1949 del Código Civil, sino en la buena fe del tercero adquirente que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad.

En cualquiera de los dos casos contemplados en el art. 36 de la Ley Hipotecaria, si la ley prefiere la protección del usucapiente, no es tanto porque la usucapión prevalezca sobre la fe pública, sino porque en el titular registral no está precisamente claro el requisito de la buena fe del adquirente a título oneroso, con lo que en su situación no concurre una de las condiciones que para ser tercero hipotecario exige el art. 34. La alambicada estructura del art. 36 I deja poco espacio a la excepción: la posesión del tercero hipotecario prevalece sobre la usucapión (YZQUIERDO TOLSADA, cit, pg 1593).

La real ignorancia de que la finca o el derecho estaba siendo poseído por otro en concepto de dueño es un requisito que se relaciona muy directamente con la buena fe del art. 34 –creencia en la titularidad del transmitente y en su poder dispositivo–, pero, como es evidente, añade algo más. La ignorancia debe concurrir, según el texto del art. 36, en el momento de perfeccionarse la adquisición, no en el de la inscripción. A la ignorancia real se equipara la inexistencia de motivos suficientes y medios racionales para pensar de otro modo, lo que significa introducir un cánón de diligencia de carácter ético en la buena fe (DÍEZ-PICAZO, cit, pg 849).

No puede hablarse aquí de conocimiento presunto, porque la buena fe del tercero se presume, por la sencilla razón de que el art. 36 se remite al art. 34 de la Ley Hipotecaria, y en éste se declara expresamente la presunción de la buena fe. Por otra parte, el art. 36 utiliza una expresión definitiva, que es la de que “se demuestre que el adquirente conoció o pudo conocer”. Esto significa

que el usucapiente ha de demostrar la mala fe del tercero y su falta de diligencia, es decir, que tenía medios racionales y motivos suficientes para conocer (GARCÍA GARCÍA, cit, pgs 141-142).

La extraordinaria importancia que tiene la buena fe que se exige la titular registral que tenga la condición de tercero para que no prevalezca la usucapición contra él, tal como hemos expuesto, en el caso de la sentencia objeto de este comentario, lo que está en cuestión es si la demandante, Promociones MCH 2003 SL, era de buena fe cuando adquirió el edificio, y por consiguiente, las dos plantas respecto a las cuales los reconvinientes alegan en casación que habían adquirido en propiedad por usucapición al haberlas poseído durante más de diez años con todos los requisitos necesarios para ello.

Para que prosperarse el recurso de casación, de acuerdo con lo apuntado, se debería haber probado la mala fe de la adquirente, a cuyo nombre constan en el Registro de la Propiedad la titularidad dominical sobre el edificio y las plantas que los componen. Esto no tuvo lugar porque no se demostró que la adquirente conocía o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente, como se señala en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia. Desde la perspectiva probatoria, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la buena fe de la adquirente, la cual se presume. Concretamente señala que ninguna referencia se hace en la reconvención a la concurrencia de los requisitos necesarios para que opere la prescripción *contra tabulas* en perjuicio de tercero adquirente, que vienen integrados por datos, necesitados de alegación y posterior prueba, requeridos para la aplicación de lo dispuesto por el art. 36 de la Ley Hipotecaria. Nada se dice sobre ello, y si se quiere ahora negar la actuación de buena fe por parte de la demandante, Promociones MCH 2003 SL, habría resultado necesario justificar (art. 36 a) de la Ley Hipotecaria) que dicha adquirente conocía, o tuvo medios racionales para conocer y motivos suficientes para conocer, que la finca estaba poseída de hecho y “a título de dueño” por persona distinta de su transmitente. Efectivamente conoció dicha demandante la posesión de la que disfrutaba doña Tamara, pero se especificó en el contrato de compraventa que era “arrendataria”, lo que excluye la posesión en concepto de dueño, y buena prueba de ello viene dada por el compromiso que adquirirían los vendedores de lograr su desahucio para poner al comprador en la definitiva y libre posesión de todo el inmueble. Por ello la solución adoptada por la Audiencia, que niega la adquisición por usucapición, ha de ser confirmada, aunque por distintos fundamentos de los expresados en la sentencia ya recurrida.

Como ya hemos visto, la Audiencia se basa en que los usucapientes no habían inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, lo cual se considera que es un requisito imprescindible para la usucapición *contra tabulas*, mientras que el Tribunal Supremo no alude en ningún sentido a la inscripción registral

por los usucapientes, sino que incide en que no se ha demostrado que el tercero adquirente no es de buena fe.

Hay que subrayar la circunstancia de que el art. 36 a) de la Ley Hipotecaria se refiere expresamente a la posesión en concepto de dueño por persona distinta del que transmitió la finca al adquirente. El Tribunal Supremo pone entre comillas la referencia a la posesión en concepto de dueño, lo cual es coherente, porque si se posee en otro concepto, no procede la aplicación de esa norma, que permite la usucapición *contra tabulas*, como excepción a la regla general. Y esto es precisamente lo que no acontece en el caso de la sentencia, porque quedó acreditado que la demandante conoció la posesión que disfrutaba doña Tamara, pero se especificó en el contrato de compraventa que era “arrendataria”, como también se pone entre comillas en la sentencia, lo cual evidentemente excluye la posesión en concepto de dueño, y por consiguiente, uno de los requisitos esenciales que establece el art. 36 a) de la Ley Hipotecaria para que pueda aplicarse, y buena prueba de ello viene dada por el compromiso que adquirirían los vendedores de lograr su desahucio para poner al comprador en la definitiva y libre posesión del inmueble. No puede afirmarse en modo alguno, como bien dice el Tribunal Supremo en la sentencia, que la demandante no fuese de buena fe, de tal manera que se cumplan todos los requisitos que establece dicho artículo. Esto determina que prevalece la adquisición dominical de la demandada en virtud del contrato de compraventa elevado a escritura pública sobre la pretendida usucapición *contra tabulas* invocada por los recurrentes.

5.3. Conclusión

Esta sentencia se dirige a zanjar la debatida cuestión de la vigencia del art. 1949 del Código Civil. Esto explica que aparezca en la misma una amplia argumentación para justificar la falta de vigencia de este precepto, debido a su incompatibilidad con el art. 36 de la Ley Hipotecaria. En general, los argumentos esgrimidos son los utilizados por la doctrina dominante, a la que hemos hecho referencia. Hubiera sido interesante que se afrontara la cuestión de si en algún caso, como el de la doble inmatriculación, se puede seguir aplicando el art. 1949 del Código Civil, aclarando un problema debatido a nivel doctrinal e incluso jurisprudencial. Sin embargo, debido a que esta cuestión no se plantea en la sentencia, atendiendo a los hechos del caso y a los motivos del recurso de casación, la cuestión queda en la penumbra, aunque con carácter general la posición del Tribunal Supremo es muy clara sobre la falta de vigencia del art. 1949 del Código Civil, lo que determina que el Alto Tribunal solucione esta cuestión con una argumentación distinta a la de la Audiencia, aunque llegue a la misma conclusión, de conformidad con el art. 36 de la Ley Hipotecaria, limitándose a precisar que concurren todos los requisitos legales que caracterizan al tercero hipotecario, sin que se haya probado que no sea de

buena fe, por lo que estamos en presencia de un adquirente de un inmueble que ostenta la condición de tercero con arreglo al art. 34 de la Ley Hipotecaria, sin que operen las excepciones que contempla el art. 36 de esta Ley para que la prescripción adquisitiva prevalezca en contra de aquél. Además, falta el requisito de la posesión a título de dueño en relación con una de las usuapientes, a la que se refiere el propio art. 36 de la Ley Hipotecaria.

6. Bibliografía utilizada

- ALBALADEJO, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XXV-I dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, III, Civitas, Madrid, 2008.
- FENOY, “La usucapición ordinaria *contra tabulas* y frente a tercero. El problema de la vigencia del artículo 1949 CC”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, III. Thomson- Civitas, Madrid, 2003.
- GARCÍA GARCÍA, Derecho inmobiliario registral o hipotecario, III, Civitas, Madrid, 2002.
- LÓPEZ FRÍAS, Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, III. Dirección: Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2009.
- LUNA, Comentario del Código Civil, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MORALES, Publicidad registral y datos de hecho, Colegio de Registradores, Madrid, 2000.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Variaciones sobre la significación y alcance de la Ley hipotecaria”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1962.
- PETIT, “Comentario a la STS de 31 de marzo de 1992”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 29, 1992.
- ROCA SASTRE, ROCA SASTRE-MUNCUNILL y BERNÀ, Derecho hipotecario, II-2º, Bosch, Barcelona, 2008.
- PEÑA, Derechos reales. Derecho hipotecario, I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- YZQUIERDO TOLSADA, Código civil comentado, IV. Directores: Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta, Civitas-Thomsons Reuters, Navarra, 2011.