

Prescripción contra el registro. Síntesis de la doctrina legal

PEDRO SOLS GARCIA

Notario

SUMARIO: *Preámbulo.*—I. *Síntesis del art. 36 de la Ley Hipotecaria.*—II. *Exposición de la doctrina legal.*—A) *Reg.ª general.*—B) *Excepción a favor del adquirente en ciertas circunstancias: 1.º Ignorancia de que la finca o derecho está poseída por otro en concepto de dueño.*—2.º *No haber tenido medios racionales ni motivos suficientes para pensar de otro modo.*—3.º *Que interrumpa esa posesión dentro del primer año a partir de su adquisición.*—C) *Otras excepciones por razón de la naturaleza de los derechos. Cuestiones sueltas.*—III. *Observación crítica.*

La prescripción contra el Registro no es problema frecuente en la vida práctica. Pero sí un punto de fricción entre la doctrina civil sobre adquisición de la propiedad y los efectos del Registro, sobre el que caben posiciones contrapuestas, y cuya solución es materia de indudable interés.

La regulación legal de ello ha venido a ser una transacción entre opiniones distintas, seguramente porque lo bien fundado de los respectivos puntos de vista, las hizo acreedoras al respeto y debió parecer mejor que su rechazamiento la aceptación parcial de las mismas.

Pero los distintos criterios indicados, y ciertas dificultades dimanantes de la redacción material del precepto legal, ha dado lugar a algunas duras críticas y a cierta abundancia de comentarios, y ello no sólo con ocasión de trabajos generales sobre la reciente reforma hipotecaria, sino en conferencias y estudios dedicados especialmente a ello.

El objeto de este trabajo no es consignar ni particular punto de vista en relación con ese problema, sino solamente intentar una exposición lo más sintética posible de la doctrina legal sobre el particular. No cómo pudo ser el fondo, lo que exige una gran autoridad o un enorme trabajo, sino cómo es. Y ello con la mayor claridad y brevedad posibles.

I. Síntesis del artículo 36 de la Ley Hipotecaria

Está regulada esta materia en la nueva Ley Hipotecaria por el artículo 36, cuyo texto completo es:

"Art. 36. Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al art. 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 al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a), o en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

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

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

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

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

Sobre este artículo tuve ocasión de publicar un pequeño trabajo (1), en el que intentaba una redacción abreviada. Y es que aunque su lectura da la impresión de una cosa complicada y cuyo fondo es que partiendo de la gran fuerza de la inscripción se detallan los varios casos

(1) *Una redacción abreviada del artículo 36 de la Ley Hipotecaria*, "Revista General de Derecho", junio 1946.

en que la prescripción *contra tábulas* puede llegar a prevalecer, no es así en realidad, sino que se trata de un artículo sencillo, de pocas ideas, y en el que partiéndose de la gran fuerza de la prescripción *contra tábulas* se pueden enumerar los pocos casos en que el Registro puede prevalecer.

Antes de entrar en la exposición de la doctrina voy a repetir aquella síntesis, con algunas diferencias de forma, y alguna de fondo, que la mayor reflexión me ha sugerido.

El fondo del art. 36 es, en síntesis, el siguiente:

“La prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, del dominio o de los derechos reales, producirá sus efectos, incluso frente a terceros protegidos por la fe pública.

Sin embargo, los terceros, con arreglo al art. 34, que al momento de perfeccionar su adquisición ignorasen que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente, sin haber tenido, por otra parte, medios racionales o motivos suficientes para pensar de otro modo, no serán perjudicados por ninguna prescripción adquisitiva consumada, si dentro del primer año a partir de su adquisición interrumpieren la posesión en forma adecuada. Tratándose de servidumbres negativas o no aparentes, el plazo de un año se contará a partir de algún acto obstativo, o desde el momento en que el dueño llegue a tener medios racionales o motivos suficientes para conocerla.

Tampoco serán perjudicados por la usucapión de un derecho, los constituidos sobre el mismo a título oneroso y de buena fe que no lleven anejo el inmediato disfrute del derecho usucapiado, ni los que llevándolo, no sean incompatibles con la posesión causa de la usucapión” (2).

II. Exposición de la doctrina legal

Distinguiremos: A) Regla general; B) Excepción a favor del adquirente en ciertas circunstancias, y C) Otras excepciones por razón de la naturaleza de los derechos.

(2) La realidad de esta síntesis resulta patente en su idea orientadora si se examina la fórmula ideada por ROCA SASTRE y que seguramente tuvo presente la Comisión redactora en sus deliberaciones: “La prescripción actúa contra el Registro. No obstante, la prescripción consumada no perjudicará al tercero que adquiera en las condiciones del artículo 34, siempre que éste, dentro de los dos años siguientes a su adquisición, no haya procedido judicialmente al efecto de hacer cesar el estado posesorio base de la prescripción adquisitiva o el estado de inactividad base de la prescripción extintiva.” (Vid. *Instituciones de Derecho hipotecario*, edición del año 1947, tomo I, pág. 396.) No lo aludí en mi apunte citado por serme entonces desconocido.

También resulta coincidente el plan expositivo—regla general, excepciones—de este trabajo mío que ahora ve la luz, más viejo de lo que pueda parecer, aunque completado recientemente, con el seguido por dicho comentarista en su última y magistral obra lo que fué y es motivo de satisfacción para mí por la indiscutible autoridad del mismo.

A) *Regla general.*

La regla general es el primer párrafo de la síntesis antes hecha, o sea lo siguiente:

“La prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, del dominio o de los derechos reales, producirá sus efectos, incluso frente a terceros protegidos por la fe pública.”

Esta regla está tomada de la doctrina que estima debía ser preferente siempre la realidad extrarregistral, doctrina defendida por SANZ y cuyo principal argumento es que mientras al adquirente, según el Registro, no le haya sido hecha tradición de la finca o derecho, y mal puede recibir la posesión siendo el verdadero poseedor otro distinto del transmitente, no adquiere derecho alguno dado lo terminante del art. 609 del Código civil (3).

En la inmensa mayoría de los casos, y por las dificultades que como veremos se dan en las excepciones, todo se reducirá a la aplicación casuística de esta regla general.

B) *Excepción a favor del adquirente en ciertas circunstancias.*

El artículo 36 representa, o al menos parece representar, una transacción entre la doctrina indicada y la de aquellos como VILLARES PICO, que quieren ver en la inscripción en ciertas circunstancias un medio legal de adquirir el dominio frente a cualesquiera derechos extrarregistrales (4); transacción que fué indicada por ROCA SASTRE con anterioridad a la reciente reforma (5). La nueva Ley admite que el tercero del art. 34 venza a la realidad, en caso de usucapión, en determinada hipótesis, cuyos tres requisitos son:

1.º Ignorancia de que la finca o derecho está poseída por otro en concepto de dueño.

2.º No haber tenido motivos suficientes, ni medios racionales, para pensar de otro modo.

(3) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 282 y sigs. Una serie de argumentos en apoyo de esta doctrina pueden verse en la conferencia de BERGAMO, *La usucapión y el Registro de la Propiedad*, “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, año 1945, pág. 287.

(4) “Nosotros afirmamos que la inscripción vino a reemplazar a la tradición en la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles desde la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1861”: VILLARES PICO, *La posesión y el Registro*, “Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario”, julio-agosto 1947, pág. 436.

(5) “La usucapión es algo extrarregistral, y lo no inscrito debe reputarse inexistente frente a tercero que confía en que el Registro es exacto e íntegro”, decía ROCA refiriéndose a la legalidad entonces existente. “Pero—añadía—hay una situación *de hecho* que si después de la transferencia de la finca o derecho perdura continuando el tercer adquirente en la misma actitud de pasibilidad que el transferente, debe ser justamente tomada en cuenta por el legislador.” Y concluía: “Creemos que debería establecerse un plazo en el cual, si el adquirente no ha obtenido o *instado* la posesión de la finca, cese la protección de la fe pública registral.” *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1.ª ed. tomo I, página 259.

3.º Que interrumpa esa posesión dentro del primer año a partir de su adquisición.

Si se dan todos estos requisitos vencerá el adquirente. Si falta alguno, la prescripción del poseedor prevalecerá sobre él.

1.º *Ignorancia de que la finca o derecho está poseída por otro en concepto de dueño.*

Es un requisito más, independiente por completo, de la buena fe. O sea que para que el tercero lo sea a tenor del art. 34 debe haber obrado de buena fe, o sea creyendo que el transmitente era dueño; pero una vez llenado eso caben dos hipótesis: a) que crea que el transmitente está poseyendo en realidad la finca o derecho; o b) que sepa que no es el transmitente sino otra persona quien está en contacto con la finca y actúa como dueño. Las dos hipótesis caben dentro de la buena fe registral: ahora bien, para vencer a un usucapiente es preciso la hipótesis a), y no se le puede vencer si es la b).

¿En qué momento debe darse esa ignorancia? En el momento de inscribir, aunque la literalidad del texto hable de la perfección de la adquisición.

¿A quién corresponde la prueba? Al poseedor que acuse de “conocimiento...” es a quien corresponde la prueba de ese conocimiento, y ello por la presunción de buena fe en el más amplio sentido que es norma general de nuestra legislación.

Lo ya expresado de que la ignorancia de que habla el art. 36, es cosa distinta de la buena fe del art. 34, está patentizado además por el mismo texto del art. 36, ya que refiriéndose siempre a terceros protegidos por el art. 34, y necesitados, por lo tanto, de buena fe registral, añade como un requisito especial el desconocimiento de la posesión de hecho y a título de dueño por otro.

En cuanto a que la ignorancia debe darse precisamente al momento de la inscripción, sobre lo que sólo se ha hecho una mera afirmación, lo explica SANZ, porque si no habrá mala fe. No parece acertada esta explicación porque, como hemos dicho, esta ignorancia o no ignorancia nada tiene que ver con la buena fe. Quizá, creo yo, la verdadera razón está en la armonía que así resulta en el artículo como transacción, que sabemos es entre dos criterios opuestos: ¿que al inscribir conoce el adquirente la posesión de otro? Seguirá prevaleciendo la realidad extrarregistral, y se habrá dado satisfacción a una de ellas: ¿que al inscribir desconoce esa posesión de otro? Vencerá el Registro, dándose con ello satisfacción a los que quieren ver en la inscripción, en ciertas circunstancias, un medio de adquirir el dominio (6).

(6) Consideran la ignorancia del artículo 36, algo distinto de la buena fe del artículo 34, SANZ (ob. cit.), BERGAMO (conf. cit.), y, al decir de éste, en cierto modo, NÚÑEZ LAGOS (R.), y ROCA (*Instituciones...* edición de 1947, tomo I, pág. 387). VALLET, en cambio parece confundirlo con la buena fe registral en su trabajo sobre *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la*

2.º *No haber tenido motivos suficientes ni medios racionales para pensar de otro modo.*

Además de ser tercero de buena fe y de tratarse de la hipótesis antes expuesta—o sea que ignore que el verdadero poseedor en concepto de dueño es otro distinto del transmitente—, hace falta el requisito expresado de “no haber tenido medios racionales ni motivos suficientes para pensar de otro modo”.

¿Qué quiere expresarse con ello? La letra de la Ley es que vencerá el usucapiente. “Cuando demuestre que el adquirente conoció—no es nuestro caso—, 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.” Yo creo que lo de *medios racionales* se refiere a modos, procedimientos, medios..., para conocer quién es el que está en contacto con la finca, por ejemplo: si es finca rústica, interrogar a los colindantes o a algún práctico conocedor del término, y si es urbana hacer lo mismo con los habitantes o inquilinos, y *motivos suficientes*, los hechos que patenticen la posesión por otro, como el que las cosechas sean recogidas por otro y como dueño, o que los inquilinos paguen los recibos a otro teniéndole por dueño. Lo uno y lo otro son circunstancias de hecho que deberán ser apreciadas por el Juez.

En cuanto a la prueba, según la regla *onus probandi incumbit ei que affirmat, non ei qui negat* será el poseedor el que deberá probar que había motivos sobrados de conocimiento, y medios lógicos para alcanzarlos, que cualquier adquirente hasta los más descuidados debía haber visto o usado (culpa lata), y a su vez el adquirente dado que se pone en duda su diligencia deberá probar que hizo cuanto era lógico en tal sentido; y el Juez resolverá. Pero tan difícil será probar que *ni siquiera había medios racionales para conocerlo*, que prácticamente siempre vencerá el poseedor, o sea que, como dice SANZ, este requisito “priva de todo valor a las complicadas normas del art. 36” (7). Tanto y tanto se exige al adquirente del art. 36 para que venza al usucapiente, que lo normal será que el usucapiente le venza a él.

3.º *Que interrumpa la posesión dentro del primer año.*

El tercero y último requisito es “interrumpir la posesión dentro del primer año”.

Literalmente la ley dice otra cosa: “No consentir—viene a decir

fe pública, “Rev. de Derecho privado”, diciembre 1947, págs. 946 y sigs. y 957 y sigs.

En lo del momento de la ignorancia, también SANZ y BERGAMO estiman que debe ser el de la inscripción. VALLET cree que el del título con fuerza de tradición (ob. cit.), ROCA opina lo último, o sea, el momento de la tradición (obra citada, pág. 389).

(7) *Comentarios...*, pág. 293.

la Ley—tal posesión expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición”. Pero el *consentimiento tácito* no es, prácticamente, otra cosa que la abstención de todo acto de interrupción, ya que es absurdo que transcurrido un año con silencio por parte del adquirente pueda hablarse de que “ni supo ni pudo saber, ni ha sabido durante ese año y, por lo tanto, nada ha consentido tácitamente”. Que es posible, indudable. Pero, como dice ROCA, no lo prevé el legislador y de acuerdo con ciertas palabras de la Exposición de Motivos y con la lógica, el no ejercicio de la acción judicial durante el plazo de un año desde la adquisición, implica un consentimiento tácito (8). O sea, en conclusión, lo que se le exige es “que no consienta expresamente ni tampoco consienta tácitamente, durante el primer año”, pero ello vale tanto como exigirle “que interrumpa la posesión durante el primer año”.

¿Cómo deberá interrumpirse? Los comentaristas admiten el juicio ordinario al efecto pretendido, y el procedimiento de ejecución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y rechaza los interdictos. Algunos —SANZ (9), BERGAMO (10)—, formulan dudas sobre la acción reivindicatoria por entender que el adquirente registral no es dueño: a ROCA en cambio le parece el medio más aceptable, aunque tal vez en el fondo su pensamiento es idéntico, y aún añade el desahucio por precario (11).

¿En qué plazo? En el de un año a contar, según lo antes dicho, de la inscripción. Sin embargo, hay una excepción, consistente en que si se trata de servidumbres negativas o no aparentes, el plazo se deberá contar desde que hubo acto obstativo a la libertad del predio, en el cual caso queda patente la servidumbre y su conocimiento por el adquirente, o desde que pudo conocer su existencia por darse motivos suficientes o medios racionales para ello.

Es anómala la referencia a las servidumbres no aparentes, por ser éstas de imposible usucapación según los arts. 537 y 539 del Código civil: así SANZ (12); pero ROCA lo defiende por ser ello posible en las legislaciones forales de Aragón, Cataluña y Navarra (13).

C) *Otras excepciones por razón de la naturaleza de los derechos.*

Ha sido examinada la excepción consistente en la adquisición de la finca o derecho en ciertas circunstancias. Pero hay dos excepciones más:

1.ª Adquisición onerosa y de buena fe de derechos sobre otro,

(8) *Instituciones...*, año 1947, tomo I, pág. 391. La cita que hace ROCA de la exposición de motivos es que si el tercer adquirente “deja transcurrir el plazo de un año... sin haber ejercitado la acción adecuada, se produce una positiva accesión posesoria y, de consiguiente, le afectará la prescripción consumada”.

(9) *Instituciones...*, tomo I, pág. 555.

(10) Conf. cit. “Anales...”, 1945, pág. 306.

(11) *Instituciones...*, 1947, tomo I, pág. 392.

(12) *Instituciones...*, tomo I pág. 554.

(13) *Instituciones...*, año 1947, tomo I, pág. 393.

sin facultad de inmediato disfrute de éste. Es el caso de las hipotecas, censos, servidumbres negativas, tanteo, retracto, opción y otros.

2.^a Adquisición onerosa y de buena fe de derechos sobre otro, con facultad de disfrute compatible con la posesión del derecho base. Es el caso del uso, la habitación, las servidumbres positivas y otros.

Literalmente el artículo se refiere a todos los casos de derechos sobre derechos: "Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquélla facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo." Pero es evidente que si en el caso de derecho cuyo disfrute es incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva (v. gr. usufructo respecto del dominio, anticresis, y otros) es indispensable para que haya excepción, o sea para que la realidad no venza al libro, que exista desconocimiento, etc., seguido de interrupción, ello equivale a la regla general ya expuesta de supremacía de la prescripción, más la excepción también expuesta de adquisición en ciertas circunstancias (no conocer, ni haber podido conocer, e interrumpir...); y no quedan más excepciones nuevas, que los dos casos expresados.

El fundamento de estas dos excepciones está en la naturaleza de esos derechos. En efecto, el derecho del adquirente es ajeno a la posesión de la finca, y por ello las consecuencias de la desposesión del transmitente no tiene por qué producir efecto alguno en el adquirente: el caso de una hipoteca o censo por doce años, y pérdida del dominio a los diez, en el que evidentemente ello no repercute en el titular de la hipoteca o censo cuyos derechos se desenvuelven ajenos por completo a la posesión de la finca, y que nada puede reclamar, porque en nada resulta afectado, si la finca cambia de dueño.

¿Se refiere este párrafo comentado sólo a derechos constituidos antes de la consumación de la usucapión o también a los constituidos después de consumada? Se refiere a las dos hipótesis, y ello porque el párrafo dedicado a ello abarca tres casos: derechos sin disfrute, derechos con disfrute compatible y derechos con disfrute incompatible; en el último caso, por la referencia que hace, admite la victoria del adquirente sólo si desconoció, no pudo conocer e interrumpió, requisitos que se refieren a las dos hipótesis planteadas, o más exactamente, aun a derechos constituidos después de la usucapión: luego también a las dos hipótesis se refieren los otros dos casos. Es de toda lógica (14).

(14) VALLET cree lo contrario o sea, que este párrafo se refiere sólo a derechos constituidos antes de la usucapión, y afirma además que en los constituidos después de usucapiado el otro derecho debe distinguirse entre sí el cons-

De lo dicho se desprende la posibilidad de que una usucapión ganada quede prácticamente sin efecto por una hipoteca del titular registral a otro que reúna los requisitos del artículo 34 (15). Es evidente, pero así es el texto legal. Y no es ello tan anómalo si se considera que si la hipoteca es anterior al término de la usucapión, el usucapiente adquiere lo que tenía el dueño y como lo tenía, lo que es justo, y el acreedor conserva su derecho inscrito, lo que es completamente normal; y si la hipoteca es posterior, de nada debe quejarse ese usucapiente que desde que usucapió pudo haber instado la rectificación del Registro, con lo que nada habría ocurrido, y si el derecho del acreedor deviene inatacable ello es una aplicación más de la fe pública y resulta también completamente normal.

* * *

No hay más excepciones. Como fácil es de ver, no hay excepción alguna en favor de un adquirente registral respecto de los efectos de la prescripción extintiva. Y es que el artículo es terminante: "La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptible de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular registral, aunque éste tenga la condición de tercero" (16).

Y ahora vamos a tratar de dos cuestiones referentes al artículo: ¿Tiene alguna especialidad la prescripción que pueda consumarse dentro del primer año? No la tiene. En efecto, las normas aplicables a la *usucapión ya consumada al momento de inscribir* son vencer al adquirente tanto si éste al inscribir conocía esa posesión como si por lo menos la había podido conocer, como si no dándose lo uno ni lo otro la consiente expresamente durante el primer año o la deja correr sin interrupción durante el mismo; y las aplicables a una *usucapión que pueda consumarse dentro del primer año* son vencer al ad-

tituyente es titular del dominio o de la hipoteca, con ciertas conclusiones. No parece fundado su aserto, basado en una interpretación forzada de la letra de la Ley, a diferencia de la normal expuesta; y en cuanto a las conclusiones aludidas se basa en parte en su opinión particular sobre la buena fe exigida por este artículo. *La buena fe, la inscripción, etc.*, "Rev. de Derecho privado", diciembre 1947, pág. 957.

(15) AZPIAZU es quien primero ha señalado este detalle con las expresivas palabras de que "por el agujero de la hipoteca se irá la sustancia económica de los dominios adquiridos por prescripción *contra tábulas*". *Con motivo de la publicación de un libro notable. Breve comentario*, "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario", diciembre 1945, pág. 851.

(16) ROCA admite desde luego, esta interpretación, pero cree hubiera sido mucho más acertado conceder un plazo de un año para interrumpir, con lo que la doctrina sería similar a la de la prescripción adquisitiva; al no ser así, dice, resulta el precepto "de un radicalismo feroz". *Instituciones...* año 1947, tomo I, página 400.

quirente en los mismos casos dichos, pero si es por conocimiento o por haber podido conocer, al adquirir, la posesión de otro, debe dar e además la circunstancia de que no interrumpa la posesión durante el período comprendido entre la adquisición y el momento de la consumación de la usucapión. O sea, que en esta segunda hipótesis el adquirente registral puede interrumpir en todo momento antes de la consumación, y sólo juegan las reglas del artículo 36 después de la consumación. Lo que vale tanto como afirmar que no existe especialidad ninguna en la prescripción que pueda consumarse dentro del primer año, sino que cabe una regla general de supremacía de la *usucapión ya consumada*, sin distinguir si lo fué antes o después de la adquisición, con la sola excepción ya expresada del adquirente que ni conoció, ni pudo conocer, e interrumpió antes de terminar el primer año (17).

¿A qué usucapión se refiere el artículo 36? Evidentemente, tanto a la ordinaria como a la extraordinaria, y ello porque *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*, además de que, en cuanto a lo segundo, sería absurdo que un usucapiente de mala fe quedara en mejor situación—imposibilidad de ser desposeído nunca—que uno de buena fe. Y es notable, y ello evidencia la facilidad de oscuridades en esta materia, que mientras algunos comentaristas como ROCA y VILLARES ni dudan siquiera (18), hay quienes como SANZ, seguido por BERGAMO, niegan que el artículo 36 se refiera a la usucapión extraordinaria, invulnerable según ellos (19), mientras que en el extremo opuesto AZPIAZU lo cree aplicable sí a la extraordinaria, pero no a la ordinaria (20). Sin la menor duda, el artículo se refiere a las dos.

(17) ROCA entiende lo mismo, y añade, con acierto, que la única diferencia es la mayor facilidad para interrumpir la posesión cuando el poseedor aún no es dueño. Con esta salvedad todo queda expresado en la síntesis y regla general y excepciones explicadas. Ob. cit., pág. 397.

(18) ROCA, *Instituciones...*, año 1947, tomo I, pág. 385. VILLARES, trabajo citado, pág. 434.

(19) SANZ aduce lo terminante del artículo 1.959 del Código civil que hablando de la usucapión extraordinaria exige sólo tiempo, mientras que el 1.949 habla de la ordinaria contra el Registro y exige inscripción, más cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo que, prescindiendo del artículo 35 antiguo de la Ley Hipotecaria, no exige inscripción alguna en la extraordinaria, de donde deduce que la extraordinaria debe vencer siempre al libro (*Comentarios...* página 300). Todo ello, y con el mayor respeto a su magistral aportación a los estudios hipotecarios, inaplicable a nuestro actual Derecho.

BERGAMO sigue a SANZ en su conferencia citada, pág. 313.

(20) *¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", diciembre 1946. Se basa en no estimar posible buena fe en un usucapiente contra el Registro. Pero sí es posible reunir todos los requisitos exigidos en el Código civil, más una ignorancia honrada sobre la constancia de la finca en el Registro a nombre de otro.

III. Observación crítica

La doctrina del artículo 36 de la Ley Hipotecaria es, en gran síntesis, la expuesta. Indudablemente caben extensas consideraciones sobre los diversos extremos relacionados con el mismo. Pero su resumen doctrinal, según la letra del precepto, creo es lo que antecede.

¿Ha estado acertado el legislador al llevar su pensamiento a la Ley?

SANZ, defensor por cierto de una de las posiciones que pudieron haber sido adoptadas, no formula crítica general de él; tan sólo críticas parciales, algunas ya aludidas, intercaladas en la larga exposición que hace del mismo (21).

BERGAMO y ROCA SASTRE lo estiman una transacción, y aplauden el artículo. El primero lo llama "feliz fórmula de conciliación", y señala como mérito que lo que decide no es el asiento o la situación del poseedor, sino un elemento subjetivo, "el conocimiento o la tolerancia del tercero" (22). El segundo, ideador de la fórmula que a primera vista se ha plasmado en el artículo, dice, aun censurando puntos concretos como el requisito de "no haber podido conocer", y otros: "La idea fundamental de esta reforma es evidentemente buena, por cuanto busca proteger al tercer adquirente de quien le transfiere un derecho que ya ha perdido por efecto de una prescripción operada. Esta finalidad de mantener inatacable una verdadera adquisición *a non domino* responde plenamente a la motivación finalista básica o razón de ser del Registro de la propiedad, constituyendo la perfecta fórmula armonizadora de las relaciones o contactos que la prescripción debe guardar con el Registro" (23).

Pero VILLARES PICO, defensor de una de las posiciones posibles, estima que el artículo se ha inclinado excesivamente hacia la otra: "Con él—dice—se ha dado un salto atrás en el ordenamiento inmobiliario, concediendo a la prescripción, y por lo tanto, a la posesión, aquella importancia que tuvo en épocas lejanas como institución admitida por el Derecho para determinar la pertenencia de fincas poseídas durante bastante tiempo. Pero el Derecho moderno instauró el Registro para evitar la inseguridad de los derechos reales sobre bienes inmuebles, finalidad que se cumple con tanta más eficacia cuanto más perfecto sea el sistema hipotecario, sin que sea preciso ahora la prescripción adquisitiva" (24).

En realidad, el artículo no es exactamente una fórmula conciliadora, sino el triunfo de los que entienden que la prescripción debe prevalecer siempre, con una concesión a favor de la otra tendencia para los derechos de garantía y demás que no suponen posesión.

(21) *Instituciones...* págs. 525 y sigs.

(22) Conf. cit., pág. 298.

(23) Ob. cit., pág. 368.

(24) Trab. cit. pág. 444.

Y es el triunfo de aquella tendencia, porque la excepción a favor de adquirentes en ciertas condiciones es algo casi fantasmal, ya que apenas es imaginable un adquirente que no sólo no se haya enterado de la posesión de otro—lo que es difícil, pero cabe, se da a veces—, sino que ni tan siquiera haya tenido posibilidad de enterarse.

Y si esto es así; si el fondo del artículo es el aludido, lo mejor hubiera sido proclamarlo así lisa y llanamente, en vez de las complicadas reglas que en él se encuentran y cuya inutilidad práctica es casi completa.

Finalmente, en todo caso hubiera sido de desear un orden de exposición más lógico, una brevedad siempre estimable y una mayor claridad de conceptos.

