

Roj: STS 8856/2012
Id Cendoj: 28079119912012100018
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 1347/2009
Nº de Resolución: 540/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: 540/2012

Fecha Sentencia : 19/11/2012

CASACIÓN

Recurso Nº : 1347/2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 18/07/2012

Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Ferrándiz Gabriel

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Ángeles Bartolomé Pardo

Escrito por : PBM

Acción declarativa de la propiedad - Es una mera facultad integrada en el derecho del dueño y no prescribe independientemente.

CASACIÓN Num.: 1347/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Ferrándiz Gabriel

Votación y Fallo: 18/07/2012

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 540/2012

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Gimeno Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil doce.

Visto por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por don Leandro , representado por la Procurador de los Tribunales doña Montserrat Fernández Názar, contra la sentencia dictada el veintinueve de abril de dos mil nueve, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra , que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Cambados. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Álvaro Francisco Arana Moro, en representación de don Leandro , en calidad de recurrente. Son partes recurridas don Remigio y don Urbano , representados por el Procurador de los Tribunales don Antonio Barreiro-Meiro Barbero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por escrito registrado por el Juzgado Decano de Cambados el veintiséis de junio de dos mil siete, el Procurador de los Tribunales don Miguel A. Palacios Palacios, obrando en representación de don Leandro y doña Erica , interpuso demanda de juicio ordinario contra don Remigio y don Urbano .

En el mencionado escrito, la representación procesal de don Leandro y doña Erica alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que ambos eran cotitulares, por formar parte de sus bienes gananciales, de los inmuebles inmatriculados en el Registro de la Propiedad de Cambados, con los números NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 , ubicados en la parroquia de DIRECCION000 , municipio de Sanxenxo, a causa de haberlos comprado, por escritura de diez de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, a don Bernardino .

También alegó que eran codueños, en el mismo régimen económico conyugal, de la mitad indivisa de una finca urbana registrada con el número NUM004 , sita en el mismo municipio, por haberla adquirido del antes citado vendedor por escritura de la misma fecha. Añadió que la otra mitad indivisa había pertenecido a doña Amparo , que la transmitió a la fallecida esposa y madre de los demandados.

Alegó que, al consultar el Registro de la Propiedad de Cambados, advirtió que, a nombre del demandado, don Remigio , y de su fallecida esposa, madre del también demandado don Remigio , aparecía inscrita una finca urbana con el número NUM005 del municipio de Sanxenxo como si fuera propiedad íntegra de ambos y no sólo en la mitad indivisa, de modo que ese asiento contradecía el relativo al condominio que a los demandantes correspondía sobre la otra mitad indivisa de la NUM004 del referido Registro.

La representación procesal de don Leandro y de doña Erica , tras invocar el artículo 348 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpretaba, interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia "por la que se declare: 1.- Que las fincas rústicas radicantes en el lugar A Bichona, parroquia de DIRECCION000 , municipio de Sanxenxo, descritas en el apartado primero de la demanda, denominadas < DIRECCION001 >, finca registral número NUM001 , < DIRECCION002 >, finca registral número NUM000 , < DIRECCION003 >, finca registral número NUM002 , y < DIRECCION002 >, finca registral número NUM003 , son propiedad del actor don Leandro y esposa doña Erica , en concepto de gananciales. 2. Que don Leandro y esposa doña Erica son igualmente titulares, en concepto de gananciales, de la mitad, en proindiviso con la mitad restante que pertenece a los demandados, de la finca denominada urbana descrita en el hecho segundo de la demanda, finca registral número NUM004 , sita en el lugar DIRECCION001 , parroquia de DIRECCION000 , del municipio de Sanxenxo, de una extensión aproximada de veintiséis concas, equivalentes a trece áreas y sesenta y dos centiáreas, noventa y tres decímetros cuadrados. 3. Que procede declarar la nulidad de los títulos que contradigan los derechos de propiedad del actor y esposa sobre las fincas descritas en el hecho primero y segundo de la demanda, así como la cancelación o anulación de las inscripciones o asientos registrales contradictorias de los derechos de propiedad sobre las expresadas fincas, en especial en la inscripción obrante en el Registro de la Propiedad de Cambados, finca registral número NUM005 , folio NUM006 , tomo NUM007 , libro NUM008 , del municipio de Sanxenxo".

SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Tres de Cambados, que la admitió a trámite, por resolución de diez de julio de dos mil siete, conforme a las normas del juicio ordinario, con el número 391/07.

Los demandados fueron emplazados y se personaron en las actuaciones, representados por el Procurador de los Tribunales don Jesús Martínez Melon, el cual, en desempeño de tal representación, contestó la demanda.

En el mencionado escrito, la representación procesal de don Remigio y don Urbano alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, al menos desde el año mil novecientos cincuenta y nueve, la finca litigiosa era una, que comprendía en su terreno las parcelas reclamadas en la demanda, agregadas e integradas en lo que constituía una casa y sus terrenos adyacentes.

Con carácter principal opuso a la estimación de la demanda el hecho de haber adquirido una mitad indivisa de la finca litigiosa doña Miriam, en vida esposa y madre, respectivamente, de los demandados y causante de ellos, por habérsela vendido, mediante escritura pública de veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, doña Amparo. Así como que la otra mitad indivisa la vendió la citada doña Amparo a la misma doña Miriam, por escritura pública de cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro, previa alegación de la vendedora de que la había adquirido por acuerdo transaccional celebrado con sus codueños. Añadió que, por virtud de los referidos contratos, doña Miriam y su cónyuge don Remigio inscribieron el dominio sobre toda la finca en el Registro de la Propiedad. Que la inscripción instada por el demandante había producido una doble inmatriculación.

También alegó la representación procesal de los demandados que la finca litigiosa estaba perfectamente identificada en la realidad, por muros y cierres de alambre, razón por la que la posesión que de la misma aquellos habían tenido, desde el año mil novecientos sesenta y tres, en concepto de dueños y pacíficamente, había sido pública, tanto más si se tenía en cuenta que el demandante había sido vecino, puerta con puerta, de los demandados.

Con tal antecedente afirmó que, en último caso, la **usucapión** consumada les habría convertido en propietarios de la discutida mitad indivisa de la finca litigiosa.

Igualmente opusieron la prescripción extintiva de la acción declarativa de dominio ejercitada en la demanda, así como la nulidad del título del demandante por simulación absoluta, como se infería de que hubiera sido otorgado por parientes, el precio se dijera ya recibido, fuera muy inferior al del mercado y no se hubiera hecho entrega de la posesión ni accedido el título al Registro de la Propiedad hasta el cabo de varios años.

Invocó la representación procesal de los demandados los artículos 38 de la Ley Hipotecaria, 1462 y 1963 del Código Civil e interesó del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Cambados, una sentencia *"por la cual se desestime íntegramente la demanda con imposición al demandante de las costas causadas"*.

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, respectivamente, los días once de diciembre de dos mil siete y catorce de julio de dos mil ocho, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Cambados dictó sentencia con fecha veintiséis de septiembre de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva: *"Fallo. Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Leandro y debo declarar y declaro no haber lugar a la declaración de nulidad los títulos ostentados por la parte demandada ni a la cancelación de asiento registral alguno. Las costas de la demanda se imponen a la parte demandante"*.

CUARTO. La representación procesal de don Leandro y doña Erica recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Cambados de veintiséis de septiembre de dos mil ocho.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que se turnaron a la Sección Primera de la misma, que tramitó el recurso con el número 153/09 y dictó sentencia el veintinueve de abril de dos mil nueve, con la siguiente parte dispositiva: *"Fallamos. Primero. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Miguel A. Palacios Palacios, en nombre y representación de don Leandro y doña Erica, contra la sentencia de fecha veintiséis de septiembre de dos mil ocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Cambados. Segundo. Confirmar la reseñada resolución apelada. Tercero. Imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante"*.

QUINTO. La representación procesal de don Leandro preparó e interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra el veintinueve de abril de dos mil nueve .

El Tribunal de apelación, por providencia de siete de julio de dos mil nueve, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de catorce de septiembre de dos mil diez , decidió: " 1º) *No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Leandro , contra la sentencia dictada, con fecha veintinueve de abril de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera), en el rollo de apelación número 153/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 391/2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Tres de Cambados, respecto de las infracciones alegadas en el motivo segundo de su escrito de interposición.* 2º) *Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Leandro , contra la sentencia dictada, con fecha veintinueve de abril de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera), en el rollo de apelación número 153/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 391/2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Tres de Cambados, respecto de las infracciones alegadas en el motivo primero de su escrito de interposición* ".

SEXTO. El recurso de casación que interpuso la representación procesal de don Leandro , contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de veintinueve de abril de dos mil nueve , se compone de un único motivo admitido, en el que los recurrentes, con apoyo en la norma del ordinal segundo del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncian:

ÚNICO. La infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 1963, en relación con los artículos 1969 y 348, todos del Código Civil y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria .

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de don Remigio y don Urbano , impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

OCTAVO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el doce de abril de dos mil doce, señalamiento que se dejó sin efecto y se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día dieciocho de julio de dos mil doce, continuándose la deliberación en sesiones posteriores.

El Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller no se conformó con el voto de la mayoría, por lo que declinó redactar la resolución. El Excmo. Sr. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo encomendó esa redacción al Excmo. Sr. Don **José Ramón Ferrándiz Gabriel**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

I. Los demandantes, don Leandro y doña Erica , casados entre sí en régimen de gananciales, pretendieron en la demanda la declaración judicial de su cotitularidad dominical sobre varias fincas y, en particular, sobre la mitad indivisa de una calificada como urbana, con la alegación de que el derecho sobre aquellas y la cuota ideal de ésta lo habían adquirido por compra convenida con el anterior titular dominical de todas.

II. Los demandados, don Remigio y don Urbano , tras presentar las fincas mencionadas en la demanda como partes de una sola y afirmar producido un supuesto de doble inmatriculación, opusieron al contestar la demanda que eran ellos los verdaderos dueños del inmueble: en primer término, a causa de compraventas celebradas, sobre una y otra mitad indivisa, con la verdadera titular dominical, en los años mil novecientos sesenta y tres y sesenta cuatro, respectivamente; y, en último término, a causa de la adquisición originaria de la propiedad por **usucapión**, por haber poseído el inmueble, en concepto de dueños, pacífica e ininterrumpidamente, desde el año mil novecientos sesenta y tres.

Finalmente, opusieron a la estimación de la demanda la excepción sustantiva de la prescripción extintiva de la acción declarativa de dominio ejercitada por don Leandro y doña Erica .

II. La pretensión deducida por los demandantes fue desestimada en las dos instancias, si bien por argumentos distintos en cada una.

El Juzgado entendió que los demandados habían adquirido el dominio de las fincas por **usucapión** esto es, por la posesión pública, pacífica y no interrumpida durante el tiempo exigido para ello. Razón por la que no procedía declarar que los demandantes eran los dueños.

El Tribunal de apelación, igualmente, decidió el conflicto en consideración a los efectos jurídicos producidos por el transcurso del tiempo, pero en un sentido distinto, ya que consideró que la acción declarativa de dominio ejercitada por los demandantes había prescrito por el transcurso del plazo de treinta años establecido en el artículo 1963, en relación con el 1969, ambos del Código Civil. Consideró dicho Tribunal que, desde el día en que la causante de los demandados, en un acto de conciliación, cuestionó el derecho de los demandantes, hasta el de interposición de la demanda rectora del proceso, había transcurrido dicho plazo.

III. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpusieron los demandantes recurso de casación, por dos motivos, de los que solo uno ha sido admitido.

SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del único motivo del recurso.

Denuncian don Leandro y doña Erica la aplicación indebida del artículo 1963 del Código Civil, puesto en relación con los artículos 1969 y 348 del mismo texto, así como con el 38 de la Ley Hipotecaria.

Alegan, en síntesis, que la doctrina más moderna considera que la prescripción extintiva de las acciones de defensa de la propiedad y la **usucapión**, en cuanto modo de adquirir el dominio, son dos aspectos de un mismo fenómeno. De modo que aquella, aunque el dueño no ejercite su derecho, no puede producirse si no se consuma ésta y, por tanto, si no concurren los requisitos de los que tal modo originario de adquirir depende.

Concluyen afirmando que no hay una autónoma prescripción extintiva de las acciones reales defensivas del derecho de propiedad y, por ello, que, si el Tribunal de apelación no había declarado que los demandados adquirieron el dominio de las fincas por **usucapión**, carecía de sentido considerar prescrita la acción que, en defensa de su derecho, ejercitaron en la demanda.

TERCERO. La imprescriptibilidad de la acción declarativa de la propiedad.

Como se expuso, don Leandro y doña Erica ejercitaron en la demanda una acción meramente declarativa, del subtipo de las positivas, en cuanto dirigida a obtener un pronunciamiento judicial de afirmación de la existencia del derecho de propiedad sobre determinados inmuebles, de los que habían alegado en la demanda ser cotitulares.

También se dijo que el Tribunal de apelación, sin entrar en la comparación de los títulos contractuales aportados por las dos partes litigantes, desestimó la acción declarativa ejercitada en la demanda por haberla considerado prescrita, en aplicación de los artículos 1963 y 1969 del Código Civil.

Con razón los recurrentes atacan ese fundamento de la decisión desestimatoria de su recurso de apelación.

En efecto, pese a tener la acción de que se trata una naturaleza real - en el sentido de tender a la protección de un derecho de esa clase: sentencia 259/2011, de 27 de abril - y a entenderse por la jurisprudencia que la misma está incluida, implícitamente, en la relación de facultades del dueño contenida en el artículo 348 del Código Civil - sentencias 518/2004, de 3 de junio, 1261/2004, de 30 de diciembre, entre otras muchas - y pese a lo que sobre la prescripción extintiva de las acciones reales disponen, en sus respectivos casos, los artículos 1962 y 1963 del Código Civil, es lo cierto que la declarativa de la propiedad no prescribe aisladamente considerada. Así lo han declarado, respecto de otras acciones de esa clase - referidas a distintas materias, pero por la misma razón - las sentencias 549/2000, de 5 de junio, 230/2002, de 14 de marzo, 261/2002, de 25 de marzo, 984/2002, de 23 de octubre, 614/2005, de 15 de julio, 897/2005, de 17 de noviembre, 747/2010, de 30 de diciembre, y - respecto del tipo concreto de la ejercitada en la demanda - la sentencia 614/2005, de 15 de julio.

Responde la expuesta doctrina a la elemental consideración de que, mientras el demandante sea portador de un interés legítimo - exigencia cuya importancia destacan las sentencias 667/1997, de 18 de julio, 64/1999, de 5 de febrero, y 661/2005, de 19 de julio, entre otras - y resulte ser el propietario, estará legitimado para reclamar la declaración judicial de su derecho. Del propio modo que una pretensión de tal contenido debería ser desestimada si es que el demandante nunca fue dueño o hubiera dejado de serlo.

Es más, la acción declarativa de un derecho constituye la proyección procesal de la facultad de su titular de defenderlo, dotándole de certeza, de modo que sigue la suerte del mismo - lo que, en esta materia, se expresa con el brocardico "*in facultatibus non datur praescriptio*" (las facultades no prescriben) -.

Argumento, el último, tanto más atendible si el derecho defendido es el de propiedad, pues su contenido - sometido a límites y, eventualmente, a limitaciones -, pese a que está considerado modernamente como abstracto y elástico, aparece definido en el artículo 348 del Código Civil como una suma de facultades - cuya enumeración hay que entender integrada por la jurisprudencia, en los términos a que nos hemos referido respecto de la acción declarativa -.

CUARTO. La regla de la equivalencia de resultados y argumentación de la desestimación del recurso.

Si, por lo expuesto, procedería estimar el recurso de casación, llevan a la conclusión contraria las razones que siguen, que, al fin, dan paso a la jurisprudencia sobre la equivalencia de resultados, contenida en numerosas sentencias - entre ellas, las números 189/2011, de 30 de marzo, y 478/2012, de 13 de julio - y conforme a la que procede desestimar el recurso cuando, no obstante ser merecedor de estimación, la decisión recurrida deba ser mantenida con otros argumentos.

La pertinencia de esa referencia resulta de que los hechos que el Tribunal de la segunda instancia declaró probados en su sentencia conducen, por un " *iter* " o vía distinta a la elegida, a idéntica conclusión desestimatoria del recurso de apelación que, en su día, interpusieron los demandantes.

En efecto, el conflicto se presentó, en los escritos de alegaciones de las partes y en las resoluciones de ambas instancias, como determinado por la anomalía registral conocida como doble inmatriculación. Fenómeno que, según señalamos en las sentencias 17/2012, de 25 de enero, y 299/2012, de 18 de mayo, tiene lugar cuando dos o más fincas registrales " *son idénticas entre sí, aun cuando sus respectivas descripciones estén hechas de modo diferente, y también cuando una de las fincas coincide sólo parcialmente o se encuentra superpuesta respecto de otra* "; y en el que el debate sobre la titularidad dominical " *no puede resolverse mediante la aplicación de las normas hipotecarias* ".

De otro lado, el Tribunal de apelación, tras indicar, implícitamente, la relación que, de haberse producido la prescripción extintiva de la acción dominical, existiría entre ella y la **usucapión** - puesta de manifiesto en nuestra sentencia 454/2012, de 11 de julio -, describe - como hizo, expresamente, el Juzgado de Primera Instancia - los datos fácticos que evidencian la realidad de una adquisición dominical por parte de los comuneros demandados sobre toda la finca litigiosa, por medio de la **usucapión**, a partir de un supuesto evidente de interversión del concepto posesorio - al que, entre otras, se refirió la sentencia 353/2012, de 11 de junio -, ya que aparece probado que, desde julio de mil novecientos sesenta y cuatro y a partir de un acto de conciliación, los demandados poseyeron la finca discutida como si fueran los únicos dueños, de un modo pacífico, público - sentencia 467/2002, de 17 de mayo - e ininterrumpido durante el tiempo exigido en el artículo 1959 del Código Civil.

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir afirmando que lo acontecido no fue que la acción declarativa ejercitada en la demanda hubiera prescrito, sino que la **usucapión** ganada por los demandados sobre toda la finca litigiosa determinó la extinción para los demandantes de su afirmado derecho y la improcedencia de declarar lo contrario.

QUINTO. Régimen de las costas.

Al ser desestimado el recurso de casación, por las razones expuestas, las costas causadas con él deben quedar a cargo de los recurrentes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por don Leandro, contra la sentencia de fecha veintinueve de abril de dos mil nueve, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Las costas del recurso de casación quedan a cargo de los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Antonio Xiol Ríos Francisco Marín Castán

José Ramón Ferrándiz Gabriel José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Gimeno Bayón Cobos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

FECHA:19/11/2012

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia nº 540/2012, de 19 de noviembre de 2012 (Recurso nº 1347/2009).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La referida sentencia -de cuya fundamentación discrepo, con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala- aun cuando viene, en definitiva, a desestimar el recurso de casación formulado por los demandantes don Leandro y doña Erica contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 29 de abril de 2009 (Rollo de Apelación nº 153/2009) -solución que comparto- lo hace tras acoger en su fundamentación jurídica los argumentos de la parte recurrente expresados en el único motivo de casación que le fue admitido, el cual denunciaba la infracción de lo dispuesto en los artículos 1963, en relación con el 1969 y 348 del Código Civil , y 38 de la Ley Hipotecaria .

Entiende la Sala que no puede ser compartida la solución adoptada por la Audiencia Provincial, en cuanto ésta consideró que la acción declarativa de propiedad ejercida en la demanda había quedado extinguida por prescripción previamente a su ejercicio ante los tribunales y que, en consecuencia, ni siquiera era necesario entrar en la confrontación de los títulos de propiedad afirmados por los litigantes sobre unas mismas fincas; por lo que, en definitiva, desestimó el recurso de apelación formulado por los demandantes contra la sentencia de primera instancia, que había resultado desfavorable para sus pretensiones.

Sostiene la sentencia de la Sala, al resolver sobre el motivo de casación, que la acción declarativa de la propiedad "no prescribe aisladamente considerada"; afirmación que no comparto por las razones que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- Resulta extraño, en primer lugar, que quien no acredita haber poseído materialmente en ningún momento las fincas en cuestión ejerza una simple acción sobre declaración de su derecho, en el año 2007, cuando su presunto título había nacido mediante un contrato de compraventa de 10 de noviembre de 1962, y que inste ahora, transcurrido tan largo tiempo, una mera declaración de propiedad sin exigencia de entrega posesoria, aunque ciertamente acompañada de una petición de nulidad de otros títulos y de cancelación de asientos registrales.

La sentencia dictada por la Audiencia entendió que, en el supuesto más favorable para los demandantes, el plazo de prescripción de la acción real entablada había comenzado a correr a partir de la celebración de un acto de conciliación sin avenencia entre los contendientes, que tuvo lugar el día 30 de julio de 1964, en el cual se discutía sobre la propiedad de los inmuebles que, como se ha dicho, no estaban en posesión de los demandantes. A partir de tales datos considera la sentencia impugnada -entiendo que con acierto- que, al interponerse la presente demanda en el año 2007, la acción real estaba prescrita por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1963 del Código Civil , según el cual «*las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años*»; pues evidentemente, aun adoptando la postura más favorable para los demandantes respecto de la fecha de inicio de la prescripción (artículo 1969 del Código Civil), había transcurrido con exceso el plazo de treinta años hábil para el ejercicio de la acción.

TERCERO.- Por el contrario, la Sala, en la fundamentación jurídica de la sentencia de la que discrepo, anuda la prescripción extintiva de la acción real a la consumación de la prescripción adquisitiva de un tercero mediante **usucapión**, de modo que no existe la primera si no se da la segunda; lo que, en suma, supone

la eliminación de la autonomía de la prescripción extintiva en tal caso pese a que, con toda claridad, el artículo 1963 del Código Civil distingue uno y otro concepto, de modo que contempla una prescripción extintiva autónoma en su párrafo primero («las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años») para señalar después, párrafo segundo, su inutilidad en el caso de que, antes de producirse, haya adquirido otro por **usucapión** («entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción»).

Ha de citarse al respecto lo afirmado por esta Sala en su sentencia de 29 de abril de 1987, en el sentido de que «parece ineludible concluir, en presencia de dichos preceptos, artículos 1962 y 1963, el desdoblamiento o contradistinción entre la **usucapión** de una parte y de otra la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, ya que la prescripción de las acciones se enuncia en ellos en términos generales y no parece posible entender que se pueda extraer y exceptuar de entre las acciones reales sobre bienes inmuebles, y ello sin nombrarla, la acción reivindicatoria, o lo que es igual que se unimismen la prescripción extintiva del dominio y la **usucapión**, como propone un autorizado sector de la doctrina. Los artículos citados tratan la prescripción de las acciones, extinguiéndolas por el transcurso del tiempo sin su ejercicio, y ello como efecto distinguible y separable y autónomo de la pérdida mediata del dominio que se sigue a través de la perfección de la **usucapión**». La misma solución que para la reivindicatoria ha de adoptarse respecto de la declarativa de propiedad, cuyo ejercicio se afirma por los demandantes.

Además el propio Código Civil señala expresamente cuáles son las acciones imprescriptibles al decir en su artículo 1965 que «no prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas», lo que pone de manifiesto "a sensu contrario" que sí prescriben todas las demás acciones por el transcurso del plazo establecido por la ley para cada caso (artículo 1961).

CUARTO.- Como conclusión, la doctrina que considero aplicable, frente a la acogida por la mayoría de la Sala, sostiene que tanto la acción reivindicatoria como la declarativa de propiedad, en cuanto acciones de carácter real, prescriben sin más, si es sobre muebles, por el paso de seis años, y si es sobre inmuebles, por el de treinta; de forma que, aunque nadie haya llegado a usucapir la cosa, tales acciones se extinguen de todos modos por respeto a un principio elemental de seguridad jurídica. Es cierto que, si alguien adquirió la cosa por **usucapión** antes de los seis o de los treinta años, tales acciones se habrán extinguido para el antiguo dueño desde que, por la **usucapión** del nuevo, perdió su propiedad, pero esto no constituye una prescripción extintiva -que sea la otra cara de la **usucapión**- sino simplemente una carencia de acción porque ya no se es dueño y en consecuencia se ha perdido el derecho.

Por tanto, aun a falta de **usucapión** ajena, por no haber completado el tiempo ningún poseedor y faltar la *accessio possessionis*, el usucapiente puede oponer frente a la reivindicatoria o frente a la acción declarativa de dominio la excepción de prescripción, porque como se ha señalado doctrinalmente "la prescripción extintiva es una pérdida [de la acción] sin adquisición, mientras que la **usucapión** es una adquisición que acarrea una pérdida".

QUINTO.- De lo anterior se deduce que el motivo de casación debió ser desestimado en tanto denuncia sin razón la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 1963 del Código Civil, en relación con el artículo 1969 del mismo código y 38 de la Ley Hipotecaria. La sentencia impugnada, al apreciar la prescripción de las acciones reales a que se refiere la demanda, no ha infringido ni aplicado indebidamente los artículos de que se trata. Prescindiendo de la posterior cita en el desarrollo del motivo del artículo 1959 del Código Civil, que ninguna relación guarda con la cuestión planteada -referida a la prescripción extintiva de la acción de la parte demandante y no a la prescripción adquisitiva o **usucapión** a que alude la citada norma-, ha aplicado de forma correcta el artículo 1963 del Código Civil y, declarada la extinción de la acción por prescripción, carece de efecto la invocación como infringido del artículo 348 del Código Civil pues es la propia acción a que se refiere dicha norma, en su párrafo segundo, la que se extingue por prescripción; e igualmente la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (principio de exactitud registral) ya que dicho precepto no impide que prescriba la acción real que corresponde al titular inscrito cuando, pese a la existencia de la inscripción, se hace necesario el ejercicio de tales acciones y ha dejado de actuarse el derecho durante el tiempo previsto en la ley.

SEXTO.- Por todo ello coincido con la parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala en tanto que desestima el recurso de casación, si bien considero que a tal solución debió llegarse mediante la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios fundamentos.

Dado en Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil doce

Antonio Salas Carceller

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

FECHA:20/12/12

Que formula el magistrado **D. Francisco Marín Castán**, al amparo de los artículos 260.1 LOPJ y 205 LEC, a la sentencia que resuelve el recurso de casación nº 1347/2009, al que se adhiere el magistrado **D. Ignacio Sancho Gargallo**.

Aceptando los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho primero, segundo y quinto y el fallo, puesto que en definitiva desestima el recurso de casación de los demandantes, discrepo de los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia, especialmente del tercero, por los fundamentos que, con mi mayor respeto a la opinión de la mayoría de los magistrados de la Sala, se exponen a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Síntesis de los puntos de discrepancia

1º) En la fundamentación jurídica aprobada por la mayoría se prescinde prácticamente por completo de los hechos que la sentencia recurrida declara probados, ya que la escueta referencia del fundamento de derecho primero (*Resumen de antecedentes*) a que la causante de los demandados había cuestionado en un acto de conciliación el derecho de los demandantes, o la algo más amplia, en el fundamento de derecho cuarto, a que los demandados poseyeron la finca desde julio de 1964 y a partir de un acto de conciliación, resultan insuficientes como sustento fáctico de una sentencia de casación, que necesariamente ha de tener como punto de partida unos hechos probados que, por lo demás, la sentencia recurrida declara pormenorizadamente.

2º) Al prescindirse de los hechos probados no se analiza suficientemente la verdadera naturaleza de la acción ejercitada en la demanda, más reivindicatoria, en cuanto dirigida contra el poseedor a quien se niega el dominio, que meramente declarativa de propiedad.

3º) Al prescindirse de la verdadera naturaleza de la acción ejercitada, no se examina el argumento de la sentencia recurrida de que la acción también habría prescrito por haber transcurrido más de treinta años desde la posesión de los demandados, conocida por los demandantes incluso dando por buena su versión de los hechos,

4º) Al prescindirse de ese argumento, se prescinde también de que incluso el sector doctrinal más proclive a la estrecha relación o conexión entre la **usucapión** y la prescripción extintiva admite que la acción reivindicatoria sí prescribe, aunque puntualizando que el plazo no comienza a correr sino desde que el demandado entró en posesión de la cosa reivindicada.

5º) Al citarse a modo de jurisprudencia una serie de sentencias que poco tienen que ver con las acciones reales, pues en su mayoría versan sobre acciones personales de nulidad de negocios jurídicos, e incluir en dicha serie una sentencia que precisamente afirma que la acción reivindicatoria sí prescribe y que la prescripción extintiva tiene lugar con independencia de la **usucapión**, es decir dando por sentada la autonomía de ambas instituciones, se crea una considerable incertidumbre jurisprudencial, pues la sentencia en la que se integra este voto particular se dicta por el Pleno de los magistrados de la Sala, con vocación por tanto de sentar doctrina y negando la autonomía, respecto de la **usucapión**, de la prescripción extintiva de las acciones reales protectoras del dominio.

6) Finalmente, al identificarse las acciones con las facultades (*"las facultades no prescriben"*, se dice), hacerse depender la prescripción de la legitimación y esta, a su vez, de la razón material o de fondo del demandante (mientras *"resulte ser propietario estará legitimado para reclamar la declaración judicial de su derecho"*, se dice también), la incertidumbre jurisprudencial se propaga a conceptos muy diferentes entre sí, hasta el punto de que, identificados en semejante grado legitimación, acción, facultad y derecho, resulta imposible saber si todas las acciones protectoras del dominio, por entenderse la propiedad como una suma de facultades que no prescriben, quedan radicalmente excluidas del ámbito de aplicación de los arts. 1962 y 1963 CC pese a ser la propiedad el derecho real por excelencia.

SEGUNDO.- Hechos probados incólumes en casación

Los hechos probados en los que tendría que haberse sustentado la sentencia de casación se contienen en el extenso fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, y, en parte, en su fundamento jurídico cuarto. El texto del fundamento de derecho tercero es el siguiente:

"TERCERO.- En el supuesto sometido ahora a enjuiciamiento de la Sala, al objeto de subsumirlos en lo dispuesto en los artículos 1963 y 1969 del Código Civil, interpretados conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, hemos de tener en cuenta los siguientes hechos jurídicamente relevantes en tanto en cuanto acreditados en el curso de las actuaciones:

a.- El demandante D. Leandro adquirió, constante matrimonio con Dña. Erica, las fincas descritas en el escrito rector del procedimiento, constituyendo su título el contrato de compraventa celebrado con fecha 10 de Noviembre de 1962 ante el Notario de Cambados, D. Antonio Torres Martínez, por virtud del cual D. Bernardino, con el consentimiento de su esposa Dña. Tomasa, vendió a aquél las heredades ' DIRECCION002 ', ' DIRECCION001 ', ' DIRECCION003 ', ' DIRECCION002 ' y la 'mitad, proindivisa con la mitad restante que pertenece a Doña Amparo, de una casa de planta NUM009, con terreno unido a labradío, con cerrado de alhambre; forma toda una sola finca que mide veintiséis concas de extensión, ó trece áreas sesenta y dos centiáreas y tres decímetros cuadrados, midiendo la casa en sí unos cuarenta y dos metros cuadrados. Linda todo: Norte, tojar de Segismundo; Sur, Luis Angel; Este, ribazo que la separa de terrenos más altos; hoy Bernardino; Oeste, carretera de Pontevedra a El Grove, que es por donde tiene su entrada' (folio 21 y siguientes de las actuaciones). Esta última finca es la que en el escrito de demanda se denomina 'Urbana', lindante con las otras cuatro descritas también en el mismo.

b.- La adquisición referida ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad de Cambados con fecha 24 de Enero de 1972, figurando los inmuebles en las siguientes hojas registrales: ' DIRECCION002 ', Tomo NUM010; Libro NUM011; Folio NUM012; Finca NUM000 (folio 28 de las actuaciones); ' DIRECCION001 ', Tomo NUM013; Libro NUM014; Folio NUM015; Finca NUM016 (folio 26 de las actuaciones); ' DIRECCION003 ', Tomo NUM010; Libro NUM011; Folio NUM017; Finca NUM002 (folio 29 de las actuaciones); ' DIRECCION002 ', Tomo NUM010; Libro NUM011; Folio NUM018; Finca NUM003 (folio 30 de las actuaciones); y ' DIRECCION004 ', Tomo NUM010; Libro NUM011; Folio NUM019; Finca NUM004 (folio 27 de las actuaciones).

c.- Con fecha 20 de Septiembre de 1963, la fallecida esposa y madre de los codemandados D. Remigio y D. Urbano, Dña. Miriam, otorgó con Dña. Amparo (abuela de la esposa del demandante) escritura notarial de compraventa (folio 91 y siguientes) por la que, tras exponer ambas que 'Dª Amparo es dueña en pleno dominio de una mitad indivisa, cuya otra mitad pertenece a D. Leandro, de la totalidad de la siguiente finca sita en el citado lugar de La Bichona: Urbana.- Casa de planta NUM009, de la extensión superficial de cien metros cuadrados aproximadamente y terreno unido destinado a huerta, de la cabida de unos cuatro ferrados, iguales a veinticinco áreas, quince centiáreas y veinte decímetros cuadrados. Linda al Norte, Blas; Sur, carretera; Este, Luis Angel; y al Oeste, Eulalio', adquirió para la sociedad conyugal de la cual forma parte 'la porción indivisa que le corresponde (a la vendedora)' en la finca descrita.

En la referida escritura, la vendedora Dña. Amparo manifestó que su título sobre la finca enajenada provenía de compra a D. Justino.

d.- El día 4 de Agosto de 1964, nuevamente comparecen Dña. Miriam y Dña. Amparo ante el Notario de Villagarcía D. Alberto Barreras López (folio 98 y siguientes) y, tras exponer que 'Dª Amparo, que es dueña de una mitad indivisa, cuya otra mitad pertenece a Dª Miriam y esposo, de la totalidad de la siguiente finca sita en el citado lugar de La Bichona: Urbana.- Casa de planta NUM009, de la extensión superficial de cien metros cuadrados aproximadamente y terreno unido destinado a huerta, de la cabida de cuatro ferrados, iguales a veinticinco áreas, quince centiáreas y veinte decímetros cuadrados. Linda al Norte, Blas; Sur, carretera; Este, Luis Angel; y al Oeste, Eulalio', la primera adquiere de la segunda por compraventa "la porción indivisa que le corresponde en la descrita finca" para la sociedad conyugal de la cual forma parte.

Como título, la vendedora manifiesta al Sr. Notario que 'le proviene por transacción formalizada en documento privado de fecha 2 de Octubre de 1962, con D. Leandro, D. Bernardino y Dª Amparo, aclarada y ratificada en acto conciliatorio de fecha 30 de Julio último, en el Juzgado Comarcal de Sangenjo. Del primero no exhibe el citado documento y del segundo, me presenta testimonio expedido por don Antonio Figueira Lado, Secretario del citado Juzgado Comarcal'.

e.- El día 16 de Julio de 1964, Dña. Amparo presentó ante el Juzgado Comarcal de Sanxenxo escrito solicitando la celebración de acto de conciliación con el aquí actor y apelante, D. Leandro, y con el matrimonio formado por D. Bernardino y Dña. Tomasa (a la sazón, yerno e hija de la primera), señalando que todos

ellos, con fecha 2 de Octubre de 1962, llegaron a un acuerdo 'sobre las diferencias que sostenían por su convivencia, que se plasmó en un documento privado firmado por los mismos y que suscribieron como testigos los Letrados (...), por el que se adjudicaba en plena propiedad a la dicente, entre otros bienes, la siguiente finca (...)', por lo que 'con el objeto de que los aquí demandados se avengan a reconocer la veracidad de lo que se deja mencionado y de que el demandado Leandro, se avenga a entregarme el documento de dicha finca, que obra en su poder (...)', solicita el acto de conciliación.

f.- La conciliación, como acto, tuvo lugar efectivamente el día 30 de Julio de 1964, con la presencia de Dña. Amparo, D. Bernardino y D. Leandro -estos dos últimos en representación también de sus respectivas esposas-. En ella el Sr. Bernardino (quien vendió las fincas litigiosas al aquí demandante, recordemos, el 10 de Noviembre de 1962, esto es, apenas un mes después de haberse otorgado el documento de 2 de Octubre cuya ratificación perseguía Dña. Amparo) reconoció que 'la copia que se le exhibe en este acto es reflejo o copia exacta del documento que fue suscrito con fecha dos de Octubre de mil novecientos sesenta y dos'. Por su parte, el ahora apelante Sr. Leandro, en dicho acto, tras descalificar a la solicitante de la conciliación, manifestó, entre otras cosas, que 'la copia exhibida en este acto puede ser o no puede ser reflejo exacto del documento antes mencionado, pues como aparece sin ninguna firma que acredite su autenticidad y no recuerda el contenido del mismo en toda su extensión le está vedado afirmar si es o no cierto lo que en dicha copia se contiene', por lo que 'solicita del Juzgado se dé por terminado este acto celebrado sin avenencia y se expidan las certificaciones que a las partes le interese'; más adelante añadió no reconocer 'la certeza y exactitud de esa copia (papel mojado) que se ha presentado, sin perjuicio de reconocer como reconoce la existencia del documento en que se practicó la liquidación de la sociedad de gananciales de su esposo y la partición de los mismos, entre ella (la conciliante) y su hija Dña. Amparo, pero como el documento no lo tiene a la vista no puede como ya antes se expresó reconocer si es fiel reflejo del mismo ese papelucho de que antes se ha hecho mérito'.

g.- Carecemos en el presente procedimiento del documento al que continuamente se alude en el acto de conciliación, esto es, la denominada transacción de 2 de Octubre de 1962 por la que Dña. Amparo habría adquirido la segunda mitad indivisa de la DIRECCION004, la cual posteriormente enajenó por escritura notarial de compraventa de 4 de Agosto de 1964 a Dña. Miriam, esposa y madre de los aquí apelados. Ahora bien, la existencia del susodicho documento queda verificada no sólo por el contenido del procedimiento conciliatorio que constituye el documento tres de la contestación y al que aludimos en los dos anteriores apartados, sino también por el propio contenido de la demanda, donde no se niega abiertamente su existencia, sino que se dice 'la inscripción registral expresada (de los demandados) tuvo causa en un contrato de compraventa formalizado por la esposa y madre, respectivamente de los demandados, Dña. Miriam, en su condición de compradora y, Dña. Amparo como vendedora, quien reconoce que la otra mitad indivisa de la finca que vende pertenece a mi mandante D. Leandro, para después señalar que le fue transmitida en virtud de una transacción formalizada con mi mandante y otros en el Acto conciliatorio celebrado con fecha 30 de julio de 1964, ante el Juzgado comarcal de Sanxenxo, lo que evidentemente no era cierto, pues el Acto Conciliatorio se celebró sin avenencia respecto de mi representado y esposa'.

Así pues, no se niega expresamente el documento transaccional, siendo significativos dos extremos: De un lado, que el actor trate de ocultar tales hechos no aportando ningún ejemplar de documentos de suma importancia en el conflicto ahora suscitado, limitándose a mencionar aquellos 'de pasada'. Puede afirmarse que no dispone del famoso documento transaccional, pero no acontece lo mismo con el expediente del acto de conciliación de 1964, que sí fue presentado por la parte contraria.

De otro, el que abiertamente mintiese el Sr. Leandro en el juicio, pues en modo alguno resulta creíble su declaración cuando, al ser preguntado por la conciliación celebrada con Dña. Amparo, afirmó no recordar tener problema alguno ni celebrar ningún acto de conciliación con ésta. Sobran los comentarios si acudimos sencillamente a la lectura del acta obrante al folio 109 y siguientes y que, parcialmente, transcribimos más arriba.

h.- Dña. Miriam y D. Remigio inscribieron su título de propiedad sobre la DIRECCION004 'en el Registro de la Propiedad de Cambados con fecha 5 de Junio de 1968 (finca NUM005, Folio NUM020, Libro NUM021 del municipio de Sanxenxo; folio 114 y siguientes)."

A su vez el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, para razonar que la acción también habría prescrito incluso dando por cierta la versión de los demandantes, expone otros hechos relevantes a partir de la valoración de la prueba por el propio tribunal de apelación. Su texto es el siguiente: "Pero, es más, aunque a efectos meramente polémicos admitiéramos, en contra de lo que dan a entender los títulos de los apelados-codemandados, que éstos entraron en posesión fáctica de las fincas controvertidas por mera

tolerancia del actor, como sostuvo el Sr. Leandro al ser interrogado, también se habría extinguido la acción por prescripción de tomarse tal momento como día inicial del cómputo. Porque, de un lado, aunque aquél aludió a una horquilla -entre 1975 y 1980- para tal entrada posesoria en los inmuebles, lo cierto es que la documental y testifical practicada en autos apunta a que ello habría tenido lugar -reiteramos, de aceptarse la tesis del actor manifestada en Sala- más bien en el año 1975, siendo así que la demanda fue interpuesta el 26 de Junio de 2007; y de otro, porque en modo alguno puede ser considerado hecho interruptivo de la prescripción, a los efectos de lo prevenido en el artículo 1973 del Código Civil, la en modo alguna aclarada naturaleza de la utilización del bajo del inmueble por el hijo del actor -y por tiempo ciertamente escaso- para regentar un establecimiento de venta de bebidas."

TERCERO.- Verdadera naturaleza de la acción ejercitada

Aunque formalmente en la demanda se pedía la declaración de que las fincas eran propiedad de los demandantes y la declaración de nulidad de los títulos que contradijeran sus derechos de propiedad, materialmente se estaba ejercitando una acción reivindicatoria, pues los demandantes eran conocedores de la posesión de las fincas por los demandados, cuando menos desde el año 1975 según su propia versión de los hechos, y en la demanda se negaba el derecho de los demandados a poseer como propietarios, atribuyendo su posesión a la mera tolerancia de los demandantes.

Se daba, pues, el esquema clásico de la acción reivindicatoria en cuanto dirigida por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, ya que, como razona la sentencia nº 614/2005 de 15 de julio, precisamente una de las citadas en el fundamento de derecho tercero del que discrepo, rara vez se dan en la realidad las acciones meramente declarativas.

CUARTO.- Prescripción de la acción ejercitada en la demanda

Conocida por los demandantes la posesión de las fincas por los demandados al menos desde 1975, y constándoles necesariamente desde mucho antes, al menos desde 1964 con ocasión de la celebración del acto de conciliación, que la causante de los demandados se atribuía la propiedad de las fincas, no cabe apreciar error del tribunal sentenciador al considerar prescrita, conforme al art. 1963 CC, la acción ejercitada en la demanda, porque si la demanda se interpuso en 2007 y el año más tardío para iniciar el cómputo del plazo de prescripción, entre todos los posibles, fue 1975, el cumplimiento total del plazo de prescripción de la acción ejercitada en la demanda, al margen del nombre que le puso la parte demandante, es más que evidente también desde la autorizada tesis doctrinal que no independiza totalmente la prescripción extintiva de la **usucapión**.

En cualquier caso, por tanto, se produjo una pérdida de posesión relevante, y desde luego una perturbación manifiesta del alegado derecho de propiedad de los demandantes todavía más anterior en el tiempo, que con arreglo a la sentencia de esta Sala nº 454/2012 de 11 de julio determinaba el comienzo del plazo de la prescripción extintiva.

QUINTO.- Falta de verdadero apoyo jurisprudencial en las sentencias citadas

Las sentencias que se citan en el fundamento de derecho tercero no constituyen jurisprudencia idónea para considerar imprescriptible la acción ejercitada en la demanda, porque todas ellas, salvo una, versan sobre acciones personales de nulidad absoluta o inexistencia de negocios jurídicos, una incluso sobre nulidad matrimonial, y la única relativa a acciones reales, la nº 929/2007 de 30 de diciembre, viene a sostener lo contrario de lo que parece afirmarse en dicho fundamento jurídico tercero, pues inequívocamente declara, y esta vez sí con apoyo jurisprudencial idóneo, que "la prescripción extintiva tiene lugar con independencia de la **usucapión** del bien por parte de otro" (FJ 14º), considerando imprescriptible no la acción declarativa de propiedad sino la "meramente declarativa de la nulidad absoluta de un negocio jurídico" (también FJ 14º).

Cuestión distinta habría sido que como precedentes jurisprudenciales se hubieran citado las sentencias de 6 de marzo de 1991 y 3 de junio de 2004 (nº 518/2004), que ciertamente sí afirman la estrecha relación entre prescripción extintiva y **usucapión**.

SEXTO.- Incertidumbre jurisprudencial e inseguridad jurídica

Al darse por sentado que el derecho de propiedad aparece definido en el art. 348 CC como "una suma de facultades" y, al mismo tiempo, que "las facultades no prescriben", se excluyen radicalmente del ámbito de aplicación de los arts. 1962 y 1963 CC todas las acciones protectoras del dominio, incluida la reivindicatoria dado que esta aparece expresamente mencionada en el párrafo segundo de dicho art. 348.

Esto crea una grave inseguridad jurídica porque a las acciones que el art. 1965 CC menciona expresamente como imprescriptibles se añaden potencialmente muchas otras pero sin decir cuáles son.

Por otra parte, mediante la "elemental consideración" de que mientras el demandante sea portador de un interés legítimo y resulte ser el propietario estará legitimado para reclamar judicialmente, se introduce otro factor de incertidumbre jurisprudencial identificando la legitimación para promover el proceso con la plena razón de fondo del demandante y ambas, a su vez, al ser la prescripción la materia de que tratan el recurso y la sentencia, con la inoponibilidad de la prescripción por el demandado, de modo que en todo proceso cabría prescindir de los problemas de legitimación o prescripción planteados en la contestación a la demanda porque para despejarlos bastaría la razón de fondo del demandante o la falta de razón de fondo del demandado.

Se abre, así, un gran espacio de inseguridad jurídica, porque la prescripción extintiva se funda en la seguridad jurídica derivada del transcurso del tiempo y la Constitución, en su art. 9.3, garantiza la seguridad jurídica; se prescinde de la doctrina jurisprudencial que concibe la legitimación como cuestión de fondo pero "preliminar al fondo" (sentencias nº 598 /2009 de 18 de julio y 2237/1995 de 16 de mayo y sentencias de 2 de septiembre de 1996 en rec. 3741/92 y 18 de marzo de 1993 en rec. 3303/91), o como coherencia entre la titularidad que se afirma, no que efectivamente se tiene, y las consecuencias jurídicas que se pretenden (sentencias nº 86/2002 de 28 de febrero y 1246/2001 de 28 de diciembre); se prescinde también de la doctrina del Tribunal Constitucional que distingue entre interés legítimo y titularidad del derecho (STC 298/2006); y en fin, al identificar hasta tal punto la acción con el derecho que mediante la misma se intente hacer valer, acaba prescindiéndose de la dimensión procesal de la acción como medio de acceso a la jurisdicción (STC 241/1992 de 21 de diciembre) y, con esto, de su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (SSTC 160/1997 de 2 de octubre y 298/2000 de 11 de diciembre), que como es bien sabido no implica el derecho a obtener una resolución favorable sobre el fondo de la pretensión y permite por tanto apreciar la prescripción de la acción en función de cuál sea el derecho afirmado en la demanda pero sin que tal pronunciamiento implique negarle al demandante la titularidad del derecho mismo por él afirmado (STC 220/1993 de 30 de junio y AATC 203/2008 de 7 de julio, 389/2007 de 22 de octubre y 42/1997 de 10 de marzo).

Es cierto que el art. 1930 CC, después de establecer en su párrafo primero que solo el dominio y demás derechos reales se adquieren por prescripción, en concordancia así con el párrafo último del art. 609, se refiere en su párrafo segundo a la prescripción extintiva como un modo de extinción tanto de las acciones como de los derechos, pareciendo identificar acción y derecho.

Sin embargo es opinión mayoritaria que lo que se extingue por prescripción son las acciones, no los derechos, los medios de defensa judicial de los derechos subjetivos y no los derechos subjetivos mismos. La clave de esta distinción es por tanto procesal y tiene mucho que ver con la acción como medio de acceso a la jurisdicción y, sobre todo, con que la prescripción extintiva, frente a una demanda, solo pueda apreciarse si se alega dentro del proceso, normalmente por el demandado pero siendo también posible que lo haga el demandante anticipándose a una eventual excepción del demandado que frente a la pretensión de entrega de la cosa pudiera exigir el pago del precio (caso de la STS nº 888/2002 de 4 de octubre). Esto se advierte mejor tratándose de derechos de crédito, que no pueden adquirirse por **usucapión** y acerca de cuyas acciones, por tanto, el Código Civil no contiene las prevenciones que sí hace respecto de las acciones reales ("salvo que..." y "excepto los casos..." en el art. 1962 y "sin perjuicio de ..." en el art. 1963). Si en una demanda se afirma la titularidad del crédito y se interesa su pago, el juez podrá estimar la prescripción de la acción concretamente ejercitada, pero esto no significará necesariamente que si el deudor o sus herederos, por las razones que sean, pagan después de ser firme la sentencia desestimatoria de la demanda, este pago sea el de un crédito ya extinguido, ni tampoco que en vez de un pago sea una donación de dinero o el cumplimiento de una obligación natural, categoría esta última en la que un sector de la doctrina incluía el pago de las deudas prescritas. Es precisamente la dimensión procesal, aunque no solo procesal, de la acción lo que explica que el pago de deudas teóricamente prescritas por el trascurso del tiempo no encaje fácilmente en la categoría de las obligaciones naturales, porque como la prescripción frente a una demanda solo puede apreciarse por el juez si se alega dentro del proceso, resulta difícil explicar que si no se alega, o se alega extemporáneamente, o se alega invocando un plazo que no sea precisamente el aplicable pero sí el único sometido a debate (caso de las SSTS nº 121/2006 de 20 de febrero y 595/2010 de 7 de octubre), la sentencia que acabe estimando la demanda esté reconociendo un crédito ya extinguido previamente y condenando no a su pago sino a cumplir una obligación natural para con el demandante. Así, si el empresario demandado no alega frente al agente que le demanda una indemnización por clientela la prescripción de un año establecida en el art. 31 de la Ley sobre el contrato de agencia, solo la dimensión procesal de la acción permite explicar racionalmente que la sentencia que condene al pago de la indemnización, por darse todos los requisitos materiales del art. 28 de

la misma ley , esté reconociendo y dando efectividad a un crédito todavía existente pero a cuyo medio de defensa ante la jurisdicción, la acción, el demandado no opuso en el proceso su correspondiente medio de defensa, la prescripción extintiva.

Trasladado lo anterior a los derechos reales, si el demandado ha adquirido el dominio de un inmueble por **usucapión** de diez o veinte años y la demanda de acción reivindicatoria contra él se interpone antes de haber transcurrido 30 años desde que el demandante perdió la posesión, no parece que la solución más conveniente al caso sea apreciar la prescripción extintiva de la acción real ejercitada en la demanda, aunque el demandado la alegue, ni tampoco desestimar la demanda por falta de legitimación *ad causam* como cuestión de fondo pero preliminar al fondo, pues el efecto pretendido, la reivindicación, se corresponde con la titularidad jurídica afirmada en la demanda, la propiedad, sino desestimar la demanda por razones verdaderamente materiales o de fondo, es decir por haber pasado a ser el demandado propietario de la cosa en detrimento del demandante. De aquí que tal vez sea la combinación de lo sustantivo y lo procesal, incluyendo en esto último legitimación y congruencia, lo que desde la perspectiva actual del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva permita explicar las expresiones "salvo que...", y "excepto los casos..." de los arts. 1962 y 1963 CC , que plantean toda una serie de problemas a los que, en materia de bienes muebles, se unen la supeditación del éxito de la acción reivindicatoria, en determinados casos, al reembolso de su precio.

Madrid, a 20 de diciembre de 2012

Francisco Marín Castán Ignacio Sancho Gargallo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.