

¿Es posible la usucapión ordinaria *contra tabulas*?

Is ordinary usucaption «contra tabulas» possible?

por

JOSÉ MARÍA TRINCADO AZNAR

Abogado

RESUMEN: La concepción psicológica o ética de la buena fe es un tema que ha preocupado a la doctrina y jurisprudencia. En cuanto a esta última, nuestro Tribunal Supremo ha ido evolucionando en los últimos años desde una posición psicológica radical (la buena fe en el campo de los derechos reales, dice la STS de 17 de julio de 1999, «nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta») a una posición ética de la que es expresión la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige, en el ámbito de los derechos reales, una «carga ética de diligencia “básica” que haga, en su caso, excusable el error» (por todas, STS de 19 de mayo de 2015). Las repercusiones de dicha reciente evolución jurisprudencial son notables en el ámbito no solo del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sino también del usucapiente *contra tabulas*. Así, en este artículo se analizará, sobre la base de dicha lenta evolución jurisprudencial a favor de una concepción ética de la buena fe, si puede existir, en derecho español, un usucapiente *contra tabulas* de buena fe, así como si el tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria puede ser de buena fe y, por tanto, tercero hipotecario.

ABSTRACT: *The psychological or ethical concept of good faith is an issue which has concerned both doctrine and jurisprudence. With regard to the latter, our Supreme Court has, in recent years, evolved from a position of radical psychology (good faith in the field of rights in rem, according to STS 07/17/1999, has nothing to do with machinations and deception, but purely and simply with the belief or ignorance that the proprietary ownership of the transferor was accurate) to an ethical position which demands, within the scope of rights in rem, an «ethical responsibility of «basic» diligence which, where appropriate, renders the error excusable» (for all, STS 05/19/2015). The repercussions of this recent jurisprudential evolution are notable not only within the scope of the third-party mortgagee of article 34 of the Mortgage Law, but also with regard to the concept of the «contra tabulas» usucapient (against registered ownership). Thus, this article will analyse, on the basis of said slow jurisprudential evolution, whether a «contra tabulas» usucapient in good faith can exist in Spanish law, as well as tackling the question of whether or not the third party of article 36 of the Mortgage Law can be in good faith, and therefore, a third-party mortgagee.*

PALABRAS CLAVE: Usucapión ordinaria. Bienes inmuebles, prescripción adquisitiva *contra tabulas*. Buena fe.

KEY WORDS: Ordinary usucaption. Immovable property. Acquisitive prescription «*contra tabulas*». Good faith.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y REGULACIÓN LEGAL.—II. EL PROBLEMA DE LA VIGENCIA DEL ARTICULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE IMPIDE LA USUCAPIÓN ORDINARIA *CONTRA TABULAS*, SIGUE VIGENTE: 1.1. *El artículo 1949 del Código civil regula la usucapión ordinaria contra tabulas y el artículo 36 LH la extraordinaria.* 1.2 *El artículo 1949 del Código civil sigue vigente, pero solo se aplica a supuestos patológicos de doble inmatriculación.* 2. EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL QUE IMPIDE LA USUCAPIÓN ORDINARIA *CONTRA TABULAS* HA SIDO DEROGADO.—III. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA Y ÉTICA DE LA BUENA FE: 1 BREVE INDICACIÓN HISTÓRICA. 2. LA BUENA FE PSICOLÓGICA Y ÉTICA EN DERECHO ESPAÑOL.—IV. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE DEL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 34 LH.—V. EL PROBLEMA DE LA BUENA FE EN EL USUCAPIENTE *CONTRA TABULAS* Y EN EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH. TEORÍAS: 1. EL USUCAPIENTE *CONTRA TABULAS* NO PUEDE SER DE BUENA FE. 2. EL USUCAPIENTE

CONTRA TABULAS PUEDE SER DE BUENA FE. 3. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH NO PUEDE SER CASI NUNCA O NUNCA DE BUENA FE NI, POR TANTO, TERCERO HIPOTECARIO. 4. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH PUEDE SER DE BUENA FE Y, POR TANTO, TERCERO HIPOTECARIO. 5. LA POSICIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA SOBRE LA BUENA FE DEL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH. 6. EL USUCAPIENTE CONTRA TABULAS NO GOZA DE JUSTO TÍTULO Y, POR TANTO, NO PODRÁ USUCAPIR ABREVIADAMENTE. 7. TOMA DE POSTURA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y REGULACIÓN LEGAL

Las relaciones entre Registro y usucapión son siempre tensas. Por un lado, el Registro, creación humana; por el otro «*la misteriosa fuerza de la tierra*» que aquel no puede desconocer (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, 2010:88). Dicha tensión entre Registro y prescripción adquisitiva se manifiesta con especial intensidad cuando la posesión que sirve de base a la usucapión se opone a los asientos tabulares porque, en dichos supuestos, se exterioriza el «*perpetuo conflicto*» (que existe) *entre el poseedor tabular y el diablo suelto fuera del Registro*» (NUÑEZ LAGOS, 1945: 7)¹.

Dicha prescripción adquisitiva *contra tabulas* está regulada en los artículos 1.949 del Código civil (en lo sucesivo CC) y 36 de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo LH), si bien, como veremos, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria consideran que este artículo de la LH, como *Lex posterior*, ha derogado aquel precepto del Código civil.

Junto a dichos preceptos específicos de la usucapión *contra tabulas*, nuestro Código civil regula la usucapión con carácter general en los artículos 1930 y sigs. Y, así, en apretada síntesis dicho Código requerirá, para la prescripción ordinaria de inmuebles, justo título —título que ha de ser verdadero y válido y no se presume nunca, artículos 1953, 1954 del Código civil—, buena fe (art. 1940 CC) y posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 CC) durante 10 años entre presentes y 20 entre ausente (art. 1957 CC). Y, para la usucapión extraordinaria simplemente exigirá posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de justo título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes (art. 1959 CC).

En base a todos esos preceptos es doctrina unánime que el usucapiiente podrá usucapir contra los pronunciamientos del Registro si cumple los requisitos de la usucapión extraordinaria. El problema que se plantea es si el usucapiiente *contra tabulas* puede aprovechar los plazos abreviados de la usucapión ordinaria y, en el fondo, si puede existir un prescribiente de buena

fe y justo título contra los pronunciamientos del Registro, porque si la respuesta a esta última pregunta es negativa, es decir si no cabe, en estos casos, buena fe o justo título, jamás podrá haber una usucapión ordinaria *contra tabulas* que, por definición, exige dichos requisitos. Existen, por tanto, dos grandes problemas que pasamos a estudiar: si está vigente el artículo 1949 del Código civil y si, con independencia de dicha vigencia, puede ser de buena fe quien usucape contra los pronunciamientos del Registro.

II. EL PROBLEMA DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL

El primer problema que se plantea es si el artículo 1949 del Código civil sigue o no vigente. Porque si está vigente no cabría la usucapión ordinaria *contra tabulas*² o, a lo sumo, según un sector doctrinal, la usucapión ordinaria no correría ni se iniciaría contra el titular inscrito mientras no inscriba su título el usucapiente y, puesto que el usucapiente no podría inscribir su derecho en el folio de la finca usucapida por aplicación del principio hipotecario de tracto sucesivo y prioridad registral, la usucapión ordinaria quedaría limitada a los excepcionales y patológicos supuestos de doble inmatriculación³. La discusión, sin duda, ha perdido fuerza tras la STS (1.ª) de 21 de enero de 2014 (Pleno) que entiende derogado dicho artículo, pero aun conviene tenerla presente no solo porque la vacilante jurisprudencia del Alto Tribunal sobre esta materia hace que no sea imposible un futuro cambio de doctrina jurisprudencial por el propio Tribunal Supremo, sino también porque a pesar de la especial fuerza de las sentencias dictadas por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁴ mientras formalmente siga, en nuestro Código civil, dicho artículo 1949 la duda sobre su vigencia seguirá presente ya que, como indica la STC, Pleno, 37/2012 de 19 de marzo de 2012 (BOE de 12 de abril de 2012) los jueces no están vinculados por las sentencias del Tribunal Supremo pudiendo apartarse «*mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo*». Existen, pues, dos grandes teorías:

1. EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE IMPIDE LA USUCAPIÓN ORDINARIA *CONTRA TABULAS*, SIGUE VIGENTE

La doctrina minoritaria y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo han defendido la vigencia del artículo 1949 del Código civil⁵. Pero, a dicho resultado, se puede llegar o bien por la vía de considerar que el artículo 1949 del Código civil regula la prescripción ordinaria *contra tabulas* reduciéndose

el artículo 36 LH a la usucapión extraordinaria *contra tabulas* o bien por la vía de considerar que el artículo 1949 del Código civil, aunque vigente, tiene limitada su aplicación a supuestos patológicos de doble inmatriculación. Cabe distinguir, por tanto:

1.1. El artículo 1949 del Código civil regula la usucapión ordinaria contra tabulas y el artículo 36 LH la extraordinaria

Señalaba AZPIAZU RUIZ que la usucapión ordinaria *contra tabulas* carece de sólidos fundamentos y encuentra su rechazo en el artículo 1949 del Código civil, en parte de la doctrina, en diversas sentencias del Tribunal Supremo, en la doctrina de la legitimación y *fides* pública registral y en la doctrina de la buena fe, en contraposición a la de la publicidad registral (AZPIAZU, 1946: 737). Añade NÚÑEZ LAGOS (1962: 10 y 11), desde una interpretación de la *mens legislatoris*, que la Comisión que redactó la LH de 1944 acordó de antemano y respetó después, como si de un precepto constitucional se tratara, la *intangibilidad* del Código civil renunciando a derogar, ni expresa ni tácitamente, el artículo 1949 del Código civil. Por otro lado, a juicio de este autor, dentro de las fuentes formales de nuestro sistema registral, la LH tiene un carácter de ley «supletoria, secundum Codicem» (NÚÑEZ LAGOS, 1962: 12). En consecuencia, tras la LH de 1946, el artículo 1949 del Código civil mantiene todo su vigor y condiciona el ámbito de aplicación del artículo 36 LH «dejándolo reducido a la prescripción extraordinaria» (NÚÑEZ LAGOS, 1962: 13). Por último, GARCÍA GARCÍA defiende, también, la vigencia del artículo 1949 del Código civil y entiende, con AZPIAZU y NÚÑEZ LAGOS, que el artículo 1949 del Código civil impide la usucapión ordinaria *contra tabulas* «y esto es así sin más distingos sobre la buena fe» (GARCÍA, 2002: 134). Y en defensa de su tesis de la vigencia del 1949 del Código civil, GARCÍA GARCÍA (2002: 136) no solo invoca la STS 31 de marzo de 1992 que hace expresa aplicación de dicho artículo sino que, además, se adhiere expresamente a la tesis de NÚÑEZ LAGOS al concluir que: «el artículo 1949 del Código civil no entraba en ningún plan de derogación por parte del legislador hipotecario de 1944» (GARCÍA, 2002: 133). Recientemente, ALBALADEJO, cambiando su criterio anterior, se adhiere a la tesis de GARCÍA GARCÍA e indica, en consecuencia, que el artículo 36 LH se refiere solo a la usucapión extraordinaria y no a la ordinaria (ALBALADEJO, 2005: 238) y que, esta última, o se rige por la regulación general del Código civil o se rige por el artículo 1949 del Código civil, que considera vigente, si se trata de usucapiente que tiene título inscrito y que usucape contra quien también tiene título inscrito (ALBALADEJO, 2005: 239).

1.2. *El artículo 1949 del Código civil sigue vigente, pero solo se aplica a supuestos patológicos de doble inmatriculación*

Por su parte, otros autores han defendido una vigencia limitada del artículo 1949 del Código civil considerando que dicho precepto solo se aplica a los supuestos de doble inmatriculación en los que, como señala YZQUIERDO TOLSADA, si ninguno de los contendientes son tercero hipotecario, o ambos lo son, el artículo 313.3.^a RH neutraliza recíprocamente los efectos de la fe pública registral resolviéndose el problema conforme a las reglas generales de estricto Derecho civil, confrontando los modos de adquirir de cada uno para decidir qué titulación ha de triunfar (YZQUIERDO, 2011; 1583-1584). Y en este supuesto —añade— «triunfará quien, además de tener una inscripción a su favor [...] ha mantenido también una correlativa posesión *ad usucapionem*» (2011; 1584).

2. EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL QUE IMPIDE LA USUCAPIÓN ORDINARIA CONTRA TABULAS HA SIDO DEROGADO

La doctrina mayoritaria y la doctrina actual del Tribunal Supremo han defendido la derogación del artículo 1949 del Código civil por lo que, en abstracto, admiten la usucapión ordinaria *contra tabulas* (cuestión distinta, que luego analizaremos, es si cabe un usucapiente de buena fe *contra tabulas*). Así, se ha señalado por la doctrina que la teoría de la subsistencia del artículo 1949 del Código civil es criticable porque, salvo los supuestos patológicos de doble inmatriculación, los principios de prioridad y tracto sucesivo se opondrán a que el usucapiente pueda inscribir su título en el Registro y no parece razonable entender que dicho artículo y la usucapión ordinaria *contra tabulas* se limite solo a un supuesto patológico⁶.

Existen razones adicionales para sostener dicha derogación tácita. Y ello no solo porque el artículo 36 LH —«*Lex posterior*» al Código civil— no distingue entre usucapión ordinaria y extraordinaria (argumento «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*»), sino también porque el artículo 1949 del Código civil es incompatible con el artículo 36 LH ya que aquel artículo del Código civil estaba pensado para la anterior regulación de la *usucapio contra tabulas* contenida en el artículo 35 de la LH de 1869 y 1909 (que establecía que no perjudicaría a tercero la usucapión ordinaria si el justo título no se hallaba inscrito principiando a correr la usucapión desde la inscripción) y, por ello, responde a unos presupuestos registrales distintos e incompatibles con los actuales⁷.

En atención a todos estos argumentos, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo Pleno de 21 enero 2014 ha fijado doctrina

en relación con la usucapión «contra tabulas», considerando en su FD 2.º que el artículo 1949 del Código civil ha sido derogado por el artículo 36 aptdo. I y II de la LH, y ello porque el régimen previsto en el artículo 36 LH se trata de un «*un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del “tercero hipotecario”, que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el artículo 1949 del Código civil, en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria*»⁸.

Ahora bien, aun aceptando la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la derogación tácita del artículo 1949 del Código civil ello no significa que quepa, automáticamente, la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque esta exige buena fe y justo título y es dudoso que dicho usucapiente pueda reunir dichas condiciones. Al análisis de dicha discusión dedicaré los siguientes apartados.

III. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA Y ÉTICA DE LA BUENA FE

El concepto de buena fe «es uno de los más difíciles de aprehender dentro del Derecho Civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y apasionada polémica» (DÍEZ PICAZO, 1963: 134-135) siendo una noción tan elástica que puede afirmarse «que todo el mundo lo conoce, pero que nadie lo conoce con precisión» (CASTRO LUCINI, 1983: 1229). Varias causas concurren a dicha dificultad de aprehensión. En primer lugar, porque no es fácil, como señala MIQUEL (1990), la comprensión y exposición de un principio que tiene tan vastas aplicaciones y que se aplica a variadas situaciones con peculiares matices valorativos. En segundo lugar, por una cuestión histórica y ello porque la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si dicho concepto debe considerarse unitariamente o, por el contrario, hay que partir de la distinción entre la buena fe objetiva y la subjetiva.

En todo caso, al igual que ya señalara DÍEZ PICAZO con relación a la teoría de la causa (DÍEZ PICAZO, 1996: 216), lo que está empeñado en la teoría de la buena fe, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la buena fe, el centro de gravedad de su solución normativa. Y ello porque, según que se adopte una posición psicológica o ética sobre la buena fe o según se adopte una solución unitaria o no unitaria de la buena fe⁹ ello nos permitirá dar una solución u otra a preguntas sobre si el usucapiente que posee contra los pronunciamientos del Registro puede ser de buena fe y, en consecuencia, si puede usucapir abreviadamente *contra tabulas*.

1. BREVE INDICACIÓN HISTÓRICA

Definía MODESTINO la buena fe del comprador afirmando: «*Se considera que es comprador “de buena fe” el que ignoró que la cosa era ajena, o creyó que el que la vendió tenía derecho para venderla, por ejemplo, que era procurador o tutor*» (D. 50, 16, 109)¹⁰. En dicha definición se contienen disyuntivamente dos estados psicológicos: o el comprador ignora que la cosa es ajena o, bien, cree que el vendedor podía venderla. Ambos estados psicológicos pueden sintetizarse en que actúa de buena fe el sujeto que cree ser el dueño de la cosa (*opinio dominii*). Y en dicha definición no se contenía, al menos explícitamente, ningún factor ético¹¹. De este modo llegó dicha concepción de la buena fe como «*opinio dominii*»¹² a los romanistas del S. XIX, si bien en dicho siglo la concepción psicológica empezará a resquebrajarse por influencia de un sector de la Pandectística, escuela formalista que representa la expresión más acabada de la tradición jurídica occidental (ROBLES, 2015:101) y constituye la «columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno» (BERNAD, 2016: *passim*).

La Pandectística alemana del S. XIX se propuso «la sobrehumana tarea de someter a sistema las decisiones casuistas de los textos romanos» (DE CASTRO, 1985: 529 n. 2) y ahormar el Derecho romano a una estructura dogmática sistematizada. En su intento de dotar de sistema a la *bona fides* romana, surgió una polémica, en el seno del movimiento de Pandectas, que continuaría a lo largo de las primeras décadas del siglo XX con aportaciones esenciales de la dogmática italiana. Así, mientras unos afirmarán que la buena fe romana era un concepto unitario, otros señalarán que en derecho romano existió un concepto de buena fe para las relaciones negociales y otro para las relaciones jurídico-reales. Mientras unos considerarán que el concepto de buena fe romano era un concepto psicológico, otros entenderán que la buena fe romana era un concepto ético. Y si bien existen una pluralidad de teorías sobre qué debe entenderse por buena fe¹³ a efectos prácticos parece conveniente reducirlas a dos, la concepción psicológica y ética de la buena fe, porque solo dichas dos concepciones «parecen reñir la batalla tanto en la doctrina como en la legislación» (DÍEZ PICAZO, 1963: 135)¹⁴. Podemos, en el debate habido en el S. XIX sobre la esencia de la buena fe, por tanto, distinguir:

1. Concepción psicológica pura de la buena fe (la buena fe como «*opinio dominii*»). Con base en el texto de MODESTINO citado y en otros fragmentos del Digesto, un importante sector de la pandectística alemana (WACHTER, WINDSCHEID) acepta una diferente configuración de la buena fe en materia de relaciones obligatorias y en materia jurídico real, considerando que la buena fe, en este último ámbito, es, ante todo, un hecho

psicológico y subjetivo sin ningún contenido ético, un hecho intelectual; es un problema del ser y no del deber y consiste en una *opinio*, en una creencia errónea¹⁵. Así, para sus partidarios, el error es elemento constitutivo de la buena fe y es irrelevante la excusabilidad o no del error: el poseedor actúa de buena fe, aunque su error sea inexcusable. La concepción psicológica, dice MIQUEL (1991: 42), mide, así, el valor moral de una acción por el efectivo conocimiento y, por tanto, con referencia al sujeto que actúa: este no puede tener intención de causar daño porque «*voluntas non fertur in incognitum*» (la voluntad no se mueve hacia lo desconocido)¹⁶. La buena fe sería, por tanto, ausencia de dolo.

2. Concepción ética de la buena fe. La concepción psicológica de la buena fe exclusivamente como «*opinio dominii*» empieza a resquebrajarse en el S. XIX no solo porque, con arreglo a la misma, el Derecho daría idéntico trato al hombre leal y cuidadoso para los intereses de los demás que al egoísta y descuidado (GÓMEZ ACEBO, 1952: 107), sino también porque un sector de la Pandectística (que no hay que olvidar que estaba analizando la *bona fides* romana) señalará que dicha concepción de la buena fe como «*opinio dominii*» (creencia de ser propietario) no da respuesta a diversos supuestos contemplados en los textos del derecho romano. Todo ello llevó a un sector de la pandectística alemana y posteriormente a la mejor doctrina italiana de principios del S. XX a proponer una concepción ética y unitaria de la buena fe si bien mientras unos considerarán que el derecho romano tuvo una concepción ética de la buena fe pero podía haber tenido, si así lo hubiera decidido el legislador romano, una concepción psicológica (así BRUNS), otros considerarán que en el concepto de buena fe ha de estar presente necesariamente el elemento ético (así BONFANTE). Cabe por tanto distinguir:

A) Concepción ético formal. BRUNS sostiene, frente a la teoría psicológica pura, la unidad del concepto de buena fe, idéntico en las relaciones reales y en las obligatorias. Según BRUNS el legislador es libre para configurar la buena fe de dos modos que son antitéticos entre sí: puede exigir un mero estado psicológico, es decir, una convicción personal, una opinión, una creencia en algo, (en cuyo caso no se tiene en cuenta la excusabilidad del error que originó esa creencia) o puede requerir, además que dicha creencia y convicción sea honesta, moralmente recta y éticamente irreproachable¹⁷ y exigir, así, al usucapiente «*il comportarsi scrupolosamente da persona dabbene*»¹⁸. Y, en este último caso, si opta por la concepción ética, para que exista buena fe no bastará la convicción personal del poseedor, sino que es preciso examinar la moralidad del hecho en que se funda esa convicción de modo que el error inexcusable impide la buena fe y, por tanto, la usucapión ordinaria¹⁹. Si para la concepción psicológica pura la buena fe

es la ausencia de dolo para esta concepción ético formalista la buena fe sería la ausencia de culpa o, dicho en otras palabras, la buena fe sería un error excusable (GÓMEZ ACEBO, 1952: 107). Pues bien, a juicio de BRUNS, el legislador romano, aunque era libre para elegir entre uno u otro sistema, optó por una concepción ética de la buena fe. Y BRUNS alcanza dicha conclusión no solo por las mismas expresiones usadas (*fides*, *bona fides*) que ya indican conceptos altamente morales, no solo porque dicho sentido ético fue el empleado por todos los autores romanos y fue solo como resultado del cristianismo y del derecho canónico que la palabra *fides* comenzó a significar creencia, sino, sobre todo, porque, en derecho romano, había, por un lado, casos en los que la buena fe no podía significar «creencia» ya que el comprador adquiría del propietario o de persona autorizada o tutor²⁰ y, por otro lado, casos en que existía buena fe del *accipiens* pese a conocer que estaba adquiriendo *a non domino*²¹.

La tesis de BRUNS fue criticada, solo unos años después de formularse, por PERNICE (1878) quien se muestra contrario al concepto unitario de la buena fe y, si bien distingue —como BRUNS— dentro de la buena fe el elemento ético y el psicológico y señala que es de aquel elemento ético del que dimanaban los efectos de la buena fe, afirmará que —en Derecho Romano— los jurisconsultos romanos, salvo POMPONIO, dan prevalencia al elemento psicológico sobre el ético²².

B) Concepción ético material: Será principalmente BONFANTE quien en su obra *Essenza della bona fides e suo rapporto con la teorica del errore* (1893) critique la teoría de BRUNS. Como BRUNS, BONFANTE defenderá la unidad del concepto de buena fe, idéntico en las relaciones reales y en las obligatorias ya que «la buena fe es un concepto ético, general e igual en todas las relaciones» (BONFANTE, 1893: 94-95)²³. La *fides* «era pel romano quello che per noi è l'onore e la virtù [...] e significava la più austera osservanza del proprio dovere nelle relazioni co'propri simili» (BONFANTE, 1893: 95-96); la buena fe, en resumen, era «el comportarse como persona honrada en la toma de posesión; en otros términos, la conciencia de que no se causa perjuicio alguno al poseedor legítimo» (BONFANTE, 1965: 292)²⁴. Aunque el «presupuesto normal» de la buena fe es un error²⁵ esto no conlleva que dicho error sea elemento constitutivo de la buena fe, como tampoco es elemento constitutivo de la buena fe la excusabilidad del error.

Pero las diferencias fundamentales entre el pensamiento de BRUNS y de BONFANTE son principalmente dos. Primero, el autor italiano criticará la antítesis que defendía BRUNS entre dos formas de buena fe, una ética y otra psicológica, porque, a juicio de BONFANTE, ambos elementos son fundamentalmente éticos y se distinguen solo por el grado de rigidez ética²⁶. Y segundo, aunque ambos autores defienden un concepto unitario de la

buena fe para BONFANTE dicha unidad no deriva, como diría BRUNS, de que así lo decidiera el legislador romano, sino que deriva de que así lo exige la naturaleza de las cosas, ya que necesariamente en el concepto de buena fe ha de estar presente el elemento ético (URBANO, 1959: 36-37). Para BONFANTE la buena fe es un concepto ético que el Derecho asume sin modificarlo: «*la buona fede è un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto non alterato punto dal diritto che l'assume non foggato dalla legge ad arbitrio suo*» (BONFANTE, 1893:94). Y, por otro lado, BONFANTE niega la antítesis entre una *bona fides civilis* y una *bona fides naturalis* (1893:96-97).

Todas estas teorías sobre la buena fe tendrán importantes repercusiones en cuanto a la respuesta a la pregunta de si el error es un elemento constitutivo de la buena fe. Así, en la concepción psicológica pura, el error es un elemento constitutivo de la buena fe puesto que esta no es más que un error (excusable o inexcusable). En la teoría ético formalista de BRUNS, la buena fe se concreta en un error excusable por lo que, tanto el error como la ausencia de culpa en su formación, son los elementos constitutivos de la buena fe. Por último, para la teoría ética material de BONFANTE el error no es elemento constitutivo de la buena fe, sino presupuesto psicológico «normal» de ella; el error no constituye la buena fe, sino que es algo externo y anterior a ella: es su motivación psicológica (GÓMEZ ACEBO 1952, 109-110)²⁷.

2. LA BUENA FE PSICOLÓGICA Y ÉTICA EN DERECHO ESPAÑOL

En derecho español, en materia de usucapión, de una lectura literal y aislada de los artículos 433 del Código civil (aplicable en virtud de la llamada del art. 1951 CC) y del artículo 1950 del Código civil parecería clara la concepción psicológica que atiende, para determinar la existencia o ausencia de buena fe, a un factor interno positivo (creencia del art. 1950 CC) o negativo (ignorancia del art. 433 CC)²⁸. La buena fe en materia de prescripción adquisitiva consistiría, de aceptarse dicha tesis, en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio y en la ignorancia de que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Y ello, aunque dicha creencia o ignorancia que le sirven de base a la buena fe fueran producto de la negligencia. Pero ante la crítica principal que mereció dicha posición psicológica, porque otorga idéntico trato al hombre leal y cuidadoso para los intereses de los demás que al egoísta y descuidado, la mayoría de la doctrina española y la jurisprudencia más reciente adopta una posición ética²⁹ que exige que la buena fe se base siempre en un comportamiento diligente; no basta una creencia equivocada cuando dicho error es socialmente condenable, inexcusable y no diligente³⁰.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en base a una interpretación casi literal de los artículos 433 y 1950 del Código civil, en una primera etapa que ha durado hasta principios de este siglo, aceptará en materia de usucapión, por un lado, una concepción psicológica de la buena fe y, por otro, admitirá una diferente configuración de la buena fe en materia de relaciones obligatorias y jurídico reales. Expresión de dicha postura es, entre otras, la STS de 17 de julio de 1999 que afirmará:

«según tiene declarado esta Sala (Sentencias de 16 de febrero de 1981 y 16 de marzo de 1981; 23 de enero de 1989 y 27 de septiembre de 1996) la buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (art. 1269 y sigs. del CC), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 del Código civil que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta»³¹.

No obstante, el Tribunal Supremo desde principios de este siglo ha iniciado una lenta tendencia hacia la buena fe objetiva³² y recientemente se ha decantado hacia una concepción ética de la buena fe y así señalará la STS de 19 de mayo de 2015 que:

«la calificación de la buena fe como presupuesto de la prescripción ordinaria no puede quedar reconducida, únicamente, a una interpretación literalista del artículo 1950 del Código civil en favor de su delimitación como un mero estado psicológico consistente en la «creencia» de que el transferente era titular del derecho real y venía legitimado para transferir el dominio. En efecto, conforme a la interpretación sistemática del precepto citado en relación, entre otros, con los artículos 433, 435, 447, 1941, 1952 y 1959 del Código civil, así como con los artículos 34 y 36 LH, y de acuerdo con el reforzamiento del principio de buena fe que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala viene realizando respecto de aquellas instituciones o figuras jurídicas que resulten particularmente informadas por este principio, entre otras, SSTs de 11 de diciembre de 2012 y 14 de enero de 2014, debe precisarse que dicha apreciación meramente subjetiva del adquirente no resulta, por sí sola, determinante de la buena fe en el ámbito de la adquisición de los derechos reales, pues se requiere del complemento objetivable de un «estado de conocimiento» del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia «básica» que haga, en su caso, excusable el error que

podiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmissivo operado y, en su caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro»³³.

Tras esta breve exposición sobre la buena fe en derecho español pasemos, ahora, a analizar brevemente la buena fe del tercero hipotecario del artículo 34 LH y, posteriormente, con más detalle, al usucapiente *contra tabulas*, así como la denominada por DE LA RICA (1949: 557-558) buena fe pluscuamperfecta del tercero del artículo 36 LH.

IV. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE DEL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 34 LH

La buena fe del adquirente es, entre otros, requisito esencial del tercero hipotecario del artículo 34 LH. Dicha buena fe «*se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*» (art. 34.II LH) por lo que la buena fe de dicho tercero, en una primera aproximación, como dice la STS de 21 de febrero de 2012, sería en un sentido negativo «el desconocimiento de la inexactitud del Registro» y en un sentido positivo la «creencia o confianza en la exactitud del Registro de la Propiedad». Pero, supuesto esto, dicho precepto plantea, entre otros, dos importantes interrogantes: ¿cuál debe ser la diligencia exigible para quedar protegido por el artículo 34 LH y qué debe entenderse por la expresión «inexactitud del Registro» del artículo 34.II LH? Pasemos a analizarlos:

1. ¿Cuál debe ser la diligencia exigible para quedar protegido por el artículo 34 LH? Con relación al tercero hipotecario del artículo 34 LH se reproducen en la doctrina y jurisprudencia las dos concepciones sobre la buena fe cuya evolución hemos analizado: la concepción psicológica y la concepción ética. Aquella, señala la STS de 12 de enero de 2015, «*responde a un puro estado psicológico o psíquico del tercero adquirente en orden a la creencia de que el titular registral es el verdadero dueño de la cosa y ostenta un poder de disposición sobre la misma... de forma que la ignorancia o el equivocado conocimiento de la realidad jurídica no desvirtúa la protección registral otorgada con base en esta creencia acerca de la legitimidad de transmisión realizada*». Por contra, la concepción ética de la buena fe, sigue diciendo dicha sentencia, «*requiere la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos*» de modo que «*la noción de buena fe responde a una actuación diligente conforme a unos criterios o pautas de comportamiento que resulten socialmente aceptados*» por lo que, a diferencia de la concepción psicológica, no basta padecer cualquier tipo de error, «*sino solo el error*

que, según las circunstancias, sea excusable, esto es, que no se hubiera vencido actuando diligentemente».

De dichas dos concepciones predominantes en materia de fe pública registral la STS de 12 de enero de 2015 parece inclinarse por la concepción ética que exige al adquirente del titular registral una diligencia mayor que la mera consulta del contenido del Registro (MÉNDEZ, 2017-1:107; 2017-2: 607) si bien, sigue señalando dicha sentencia, la determinación o gradación de la diligencia exigible no pueda resolverse en abstracto sino que ha de determinarse por los Tribunales a la vista del caso concreto³⁴ con el inevitable problema de que, dicho amplio margen de discrecionalidad judicial, conllevará, sin duda, «una peligrosa disminución de la seguridad jurídica y, por lo tanto, un incremento de las dificultades transaccionales» (MÉNDEZ, 2017-1: 119; 2017-2: 610; 2018:39). En cuanto a dicha exigencia ética en algunos casos, dirá el Tribunal Supremo que la misma exige no solo la consulta de los asientos del Registro sino la comprobación de la finca «in situ» de modo que constituye una *«falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca “in situ” y la averiguación de la condición o del concepto en que se encontraba habitando la misma la demandada y su familia»* (STS de 7 de septiembre de 2007)³⁵ y, en otras, el Tribunal Supremo señalará que la carga ética de diligencia exigible hace que la existencia de *«una situación posesoria clara y manifiesta que se ejerce en concepto de dueño»* enerve la buena fe del adquirente (STS de 12 de enero de 2015).

Dicha concepción ética de la buena fe con su exigencia de comprobar el estado posesorio de la finca ha sido fuertemente criticada por un sector doctrinal. Y en este sentido, destaca MÉNDEZ GONZÁLEZ como el artículo 34 LH no exige la comprobación del estado posesorio de la finca (2017-1:114; 2018:35) así como que tal exigencia de verificar el estado posesorio del inmueble puede tener sentido «en un entorno de mercados muy reducidos donde las transacciones tienen lugar entre amigos y conocidos» y «en una economía agraria, con asentamientos humanos reducidos, normalmente con un alto grado de analfabetismo, en la que la tierra y los inmuebles en general no son objeto de transacción frecuente —mucho menos de hipoteca— porque su función esencial consiste en la producción de alimentos, normalmente para la subsistencia, especialmente en economías agrarias con un estado primario de desarrollo» (MÉNDEZ, 2017-1: 115-116; 2017-2: 609; 2018: 36), pero no tiene sentido en una economía de mercado caracterizada por la alta frecuencia contractual que además tiene lugar entre desconocidos —contratación impersonal. Por ello, concluye este autor, la interpretación que encarna la STS de 12 de enero de 2015 supone una rémora injustificada e indeseable «no solo para el comercio jurídico de titularidades inmobiliarias seguras, sino para la seguridad de los propios

derechos que se pretenden proteger, pilares ambos de una economía de mercado» (MÉNDEZ, 2017-1:119; 2017-2: 610; 2018:39). En todo caso, termina diciendo MÉNDEZ GONZÁLEZ, «afortunadamente» posteriores sentencias del Tribunal Supremo (p.e. la STS de 21 de julio de 2016) han corregido aquella exigencia «ética» de comprobación física de la finca y vuelven a señalar que la única diligencia exigible es la consulta de los libros del Registro (2017-1:117; 2018:37-38), teoría preferible, según MÉNDEZ, a la concepción ética que exige la comprobación física del inmueble pero, así todo, insuficiente porque, para MÉNDEZ GONZÁLEZ, en realidad, al tercero adquirente ni siquiera le debería ser exigible la diligencia de consultar al Registro, sino que lo único exigible es que adquiera del titular registral con facultades de disposición según el Registro —lo que, en rigor, puede tener lugar sin que lo haya consultado— y que no conozca inexactitud alguna jurídico real del Registro (MÉNDEZ, 2017-1: 106 y 116; 2017-2: 606 y 609; 2018: 29-30 y 37) entendiendo dicha expresión —«inexactitud del Registro»— empleada por el artículo 34.II LH en el sentido que explicaremos al abordar la siguiente cuestión:

2. ¿Qué debe entenderse por la «inexactitud del Registro» a que alude el artículo 34.II LH? La teoría casi unánime en la doctrina y jurisprudencia considera que existe conocimiento de la inexactitud registral a que alude el artículo 34.II LH cuando el *accipiens* que inscribió conocía que el *tradens*, titular registral, había dispuesto previamente del inmueble a favor de otro adquirente. La transmisión del dominio para dicha concepción tradicional tiene lugar extrarregistralmente de acuerdo con las normas del Código civil, es decir por el título seguido de la tradición (art. 609 pfo. 2 CC) de modo que la inscripción no interviene en dicho proceso transmisivo. Y así, según dicha tesis, cuando A vende a B un inmueble en escritura pública (concorre, pues, el título —contrato de venta— y la *traditio ficta* del art. 1462.2 CC) aquel deja de ser propietario y pierde el «*ius disponendi*» sobre el objeto, de modo que si B no inscribe y A, que sigue siendo titular registral, vende el inmueble a C este último adquiere *a non domino* porque A, al vender a C, ya no era propietario. Frente a dicha tesis casi unánime se ha propuesto por MÉNDEZ GONZÁLEZ, en opinión aislada, que, con relación a la propiedad inscrita, la LH debe prevalecer sobre el Código civil y regir, en lugar de la tradicional teoría del título y el modo, un sistema de transmisión tabular o registral (2017-1: 74; 2018:18), de modo que el «*ius disponendi*» del titular registral no se extingue con el título seguido de la *traditio* sino que requiere, además del título y el modo, la inscripción, con los requisitos del artículo 34 LH, a favor del *accipiens* (MÉNDEZ, 2017-1: 81 y 87; 2017-2: 602, 603; 2018:18); el poder de disposición —y, por tanto, la titularidad *in rem*— no se trasladan al adquirente negocial en el momento de la *traditio*

sino en el de la inscripción, de modo que mientras el primer adquirente no inscriba es un acreedor, no un propietario o titular de un derecho real. De este modo, si el titular registral (A) dispone a favor de B no pierde aquel titular registral, mientras B no inscriba, su *ius disponendi*³⁶ por lo que si B no inscribe y el titular registral vuelve a disponer a favor de otro adquirente (C) entonces este segundo adquirente adquiere *a domino* (y no, como sostiene la doctrina mayoritaria, *a non domino*) porque adquirió de quien seguía siendo el titular reconocido por el Estado, cuyo *ius disponendi* no se extinguió porque B prefirió no solicitar la inscripción de su adquisición (MÉNDEZ, 2017-1: 83; 2018: 21)³⁷ De este modo, vence C sobre B porque B es un titular meramente contractual, esto es, con una titularidad *in personam* protegida solo mediante una regla de responsabilidad, mientras que C tiene una titularidad *in rem* protegida mediante una regla de propiedad, y, por definición, dicha titularidad no puede ser alterada por un sujeto privado sin consentimiento del titular (MÉNDEZ, 2017-1:83). Congruentemente, y lo que es más relevante ahora, MÉNDEZ GONZÁLEZ considera que el conocimiento por parte de un segundo adquirente a título oneroso (C) de que el titular registral (A) ha dispuesto previamente a favor de alguien que no ha inscrito (B), no implica conocimiento por parte de C de inexactitud jurídico-real alguna del Registro porque si el poder de disposición y, por tanto, la titularidad *in rem* no se trasladan, tratándose de propiedad inscrita, al adquirente negocial en el momento de la *traditio* sino en de la inscripción, mientras el primer adquirente no inscriba es un acreedor, no un propietario o titular de un derecho real, por lo que el Registro de la Propiedad no estaría reflejando inexactitud jurídico real alguna si dicho primer adquirente contractual no inscribe (2017-1: 97; 2017-2: 604 y 606; 2018:21). En resumen, para este autor la buena fe del tercero hipotecario consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro (art. 34-II LH), pero por «inexactitud» hay que entender inexactitud jurídico-real (MÉNDEZ, 2018: 15), por circunscribirse a las situaciones jurídico-reales el objeto propio del Registro de la Propiedad. Por consiguiente, el conocimiento de pactos meramente obligacionales —es decir, que C conozca que el tradens (A), que sigue siendo titular registral, había vendido el bien a un primer adquirente (B) que no inscribió— en nada afecta a la buena fe del segundo adquirente —C— (2017-1:98-99, 101; 2017-2: 604 y 606; 2018:15). El primer adquirente (B) que no inscribió, con su comportamiento omisivo dañino para el buen funcionamiento del mercado inmobiliario e hipotecario, asumió el riesgo de que inscribiera un adquirente posterior (C) y colaboró en la producción del daño que él mismo sufrió y cuyas consecuencias debe asumir (MÉNDEZ, 2017-1: 100; 2017-2: 605)³⁸ hasta el punto de que la opción de dicho primer adquirente (B) por no inscribir podría interpretarse legítimamente por un segundo adquirente (C) como que «B» prefiere —o no repudia— una

indemnización en vez de la conservación de su derecho *in natura*. Y, en consecuencia, «C» al haber decidido adquirir no estaría actuando de «mala fe» (MÉNDEZ, 2017-1:101; 2017-2:605; 2018:24). En resumen, el conocimiento por el segundo adquirente (C) de que el titular registral (A) había vendido el bien a un adquirente que no inscribió (B) no debería enervar la buena fe a su favor, pues no implica conocimiento de una situación jurídico-real distinta de la que el Registro de la Propiedad publica (MÉNDEZ, 2017-1: 101; 2018-15) salvo, por supuesto, cuando tal conocimiento de «C» lo sea de una situación jurídico-real que revela que «A» carecía de *ius disponendi* cuando adquirió negocialmente del mismo (MÉNDEZ, 2018-15)³⁹.

V. EL PROBLEMA DE LA BUENA FE EN EL USUCAPIENTE *CONTRA TABULAS* Y EN EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH. TEORÍAS

Con independencia de la vigencia o derogación del artículo 1949 del Código civil, ya analizado, ha debatido la doctrina si el usucapiente *contra tabulas* puede ser, en algún caso, de buena fe (y, por tanto, cabe la usucapión ordinaria *contra tabulas*) o, por contra, todo prescribiente contra los pronunciamientos del Registro es, por ese motivo, siempre de mala fe (y, por tanto, al exigir la usucapión ordinaria dicha buena fe, solo cabría la usucapión extraordinaria *contra tabulas*). Y, así, doctrinalmente se ha defendido que el artículo 1949 del Código civil está vigente pero que si se aceptara, a efectos meramente dialécticos, que está derogado no cabría, aun así, nunca un usucapiente de buena fe ni, por ende, una usucapión ordinaria *contra tabulas* (tesis de GARCÍA GARCÍA, 2002: 130, 136) o también se ha defendido que el artículo 1949 del Código civil está derogado pero que aun así es muy difícil —aunque no imposible— que exista un usucapiente de buena fe y, por tanto, una usucapión ordinaria *contra tabulas* (tesis de FENOY PICÓN, 2003: 3819); o, por último, se ha afirmado que el artículo 1949 del Código civil está derogado y es perfectamente posible que exista un usucapiente de buena fe y, por ende, una *usucapio ordinaria contra tabulas* (tesis de ROCA SASTRE). Y, asimismo, con relación al titular registral hay autores que consideran que el tercero del artículo 36 LH no puede ser casi nunca (SANZ FERNÁNDEZ) o nunca (BÉRGAMO LLABRÉS) de buena fe ni, por tanto, tercero hipotecario, mientras que otros estiman que el tercero del artículo 36 LH puede ser de buena fe y, por tanto, tercero hipotecario (ROCA SASTRE)⁴⁰.

Como hemos visto, debajo de la discusión relativa al problema de la buena fe en el usucapiente *contra tabulas* y en el titular registral subyace la pugna, a la que ya hemos hecho referencia, entre la concepción psicológica

de la buena fe y la concepción ética. La concepción psicológica entiende que el sujeto que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide (art. 433 CC) y cree que el *tradens* es dueño y puede transmitir su dominio (art. 1950 CC), aunque ni siquiera haya acudido al Registro para confirmar sus creencias, actúa de buena fe que de este modo sería una creencia o una ignorancia y no pasaría «del nivel de las creencias o representaciones mentales del sujeto» (DÍEZ PICAZO, Prólogo a la obra de WIEACKER, 1977:14). La concepción ética es más exigente porque considera que quien obra en virtud de un error o de una situación de ignorancia no merece la tutela que el ordenamiento concede al poseedor de buena fe si no actuó con la diligencia normalmente exigible en esa situación dada debiendo investigarse si el error fue excusable (en cuyo caso sostendrán la buena fe) o no (en cuyo caso defenderán la mala fe) (DÍEZ PICAZO, 1977; 14). Por tanto, en orden a la buena fe del usucapiente *contra tabulas* cabe sostener:

1. EL USUCAPIENTE *CONTRA TABULAS* NO PUEDE SER DE BUENA FE

Con independencia del debate acerca de la derogación implícita del artículo 1949 del Código civil, sostiene una parte de la doctrina que es imposible según algunos, o altamente improbable según otros⁴¹, que pueda existir un usucapiente de buena fe (requisito, no se olvide, exigido por la usucapción ordinaria) contra los pronunciamientos del Registro. Es la teoría defendida por DE PORCIOLES COLOMER, que fue Director General de los Registros y del Notariado entre 1943 y 1946 y miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la LH que sirvió de antecedente a la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre la reforma de la LH. Así, este autor señalará en su Conferencia pronunciada el día 5 de mayo de 1944 que el usucapiente *contra tabulas*:

«debe ser considerado de mala fe, a no ser que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapción anterior. En el Derecho actual no puede admitirse, bajo pena de dejar completamente inoperante el Registro, que la iusta opinio quaesti domini pueda adquirirse sin acudir a los libros del mismo» (PORCIOLES, 1945:174).

Se adhiere expresamente a esta tesis AZPIAZU⁴² y, aunque con argumentos criticables, VILLARES PICÓ⁴³.

Por último, y dentro de esta tendencia doctrinal de negar o limitar la usucapción ordinaria *contra tabulas* por ser imposible o improbable la buena

fe del prescribiente, entiende DE LA RICA que la buena fe es una cuestión de hecho sometido al prudente criterio de los Tribunales que la apreciarán o no caso por caso, empleando, a continuación, un interesante argumento de simetría al sostener que si para considerar al titular inscrito de buena fe y mantenerle en su adquisición se le exige una «buena fe pluscuamperfecta», esto es, que ignore el hecho posesorio ajeno y que no haya habido motivos suficientes o causas racionales para poder conocerlo, al usucapiente civil, cuyo título suele ser un documento privado, también debe exigírsele, al menos, «la diligencia de un buen padre de familia, o sea conocer el estado registral de la finca adquirida» y si lo ignora voluntariamente tampoco deberá ser reputado poseedor de buena fe (DE LA RICA, 1949: 557-558). Y ello porque, en otro caso, haríamos de peor condición al titular inscrito que a un usucapiente civil cuyo título suele ser un documento privado lo que, añade, sería inconcebible. Se hace eco de este argumento de simetría GARCÍA GARCÍA (2002: 132-133) entendiendo que es absurdo y supondría una desigualdad jurídica inadmisibles que se exija al tercero hipotecario una diligencia en la buena fe, y, en cambio, no se exija la misma o mayor diligencia en la buena fe al usucapiente y añade un argumento más en contra de la buena fe del usucapiente *contra tabulas* porque, dice, supone un olvido o negligencia inadmisibles la pasividad del usucapiente respecto de la institución registral, cuya finalidad es esa publicidad de titularidades frente al fenómeno nocivo de la clandestinidad inmobiliaria, pasividad aún más imperdonable que el desconocimiento por parte del tercero hipotecario de la existencia de una usucapión⁴⁴. Y termina señalando este autor que las normas deben interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3.1 CC) por lo que no cabe seguir interpretaciones de épocas en las que más del 60 por 100 de la propiedad inmueble no estaba registrada, cuando en los tiempos actuales puede afirmarse lo contrario ya que más del 80 por 100 de la propiedad inmueble está registrada (GARCÍA, 2002: 132-134).

2. EL USUCAPIENTE *CONTRA TABULAS* PUEDE SER DE BUENA FE

Los principales representantes de esta teoría son SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE que sostienen que la inscripción no impide la buena fe del usucapiente, porque para que exista mala fe es necesario el conocimiento efectivo de la titularidad ajena (teoría, pues, psicológica de la buena fe) y no basta con la posibilidad de adquirir ese conocimiento consultando el Registro de la Propiedad⁴⁵. Veamos los argumentos que usan:

La tesis de DE PORCIOLES expuesta de que no cabe buena fe en el usucapiente *contra tabulas* fue criticada por SANZ FERNÁNDEZ (1947:

548 n. 55) porque, a juicio de este autor, aquella teoría se opone al concepto exclusivamente psicológico de la buena fe que cabe deducir de los artículos 433 y 1950 del Código civil y es incompatible con el carácter puramente declarativo de la inscripción de nuestro Derecho. Además, dicha teoría, olvida que para adquirir el dominio basta el contrato y la tradición; no admite la posibilidad de inexactitud registral y parte de una base falsa como es la de que el usucapiente no deriva su causa directa o indirectamente de algún titular registral, actual o anterior, cuando la experiencia demuestra que, casi siempre, es al contrario. Y, termina diciendo SANZ FERNÁNDEZ, que resulta extraño que DE PORCIOLES, tan profundo conocedor de la vida rural española, afirme que no cabe la buena fe del prescribiente *adversus tabulas* porque, dice SANZ, contemplada la cuestión desde un punto de vista práctico ¿podrá alguien afirmar que el aldeano gallego que compra por documento privado una finca inscrita sin acudir al Registro actúa, por ello, de mala fe? (SANZ, 1947: 548-549 n. 55). Es decir, entiende este autor que es perfectamente posible usucapir de buena fe *contra tabulas*⁴⁶.

También ROCA SASTRE entiende que es posible que el usucapiente sea de buena fe pues esta es, a su juicio, simplemente un estado psíquico intelectual e incluso el usucapiente puede creer lealmente que el Registro está equivocado o es inexacto. Añade otros argumentos a favor de la *usucapio ordinaria contra tabulas* al afirmar que si el artículo 36 LH no distingue entre usucapación ordinaria y extraordinaria tampoco podemos nosotros distinguir (ROCA, 2008: 446) y al afirmar que, aunque el principio de publicidad impone *de lege* la cognoscibilidad del contenido del Registro, «esta cognoscibilidad legal, no confirmada por la consulta material de los libros registrales, no sitúa al tercer adquirente por negocio jurídico en mala fe» lo cual, con mayor razón, sucederá con el usucapiente (ROCA, 2008: 447). Concluye este autor que al usucapiente de buena fe solo puede exigírsele que crea o confíe en que su transferente es el *verus dominus* de la finca, pero no puede exigírsele que haya de cumplir con un supuesto deber de información, que la Ley no impone (ROCA, 2008: 447).

Asimismo, según GALLEGO DEL CAMPO (2004: *passim*) el usucapiente, para formar la creencia a que se refiere el artículo 1950 del Código civil, no está obligado a consultar el Registro. Y esto —señala— por dos razones: primero, porque el artículo 1.949 del Código civil —que dicho autor considera vigente— y la LH admiten que pueda iniciarse y consumarse la usucapación ordinaria frente a un titular inscrito lo cual implica necesariamente que el usucapiente que no ha consultado el Registro, puede tener buena fe y prescribir en forma ordinaria contra un título inscrito. Y segundo, porque en el sistema español la inscripción es voluntaria y el Registro no contiene un censo completo de titularidades dominicales. Por eso, no hay razón para exigir del prescribiente la consulta a un archivo u

organismo, que no suministra información cumplida sobre los extremos atinentes al caso.

Una vez analizadas las teorías doctrinales acerca de si cabe el usucapiente de buena fe *contra tabulas* puede analizarse el mismo fenómeno, pero desde otro punto de vista. Y así la pregunta no será ahora si puede existir un usucapiente de buena fe contra los pronunciamientos del Registro, sino si puede existir un tercer adquirente, frente al que se va a ejercitar la usucapión, de buena fe. Aquí también son posibles varias teorías:

3. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH NO PUEDE SER CASI NUNCA O NUNCA DE BUENA FE NI, POR TANTO, TERCERO HIPOTECARIO

Alguna doctrina y jurisprudencia entiende que no cabe buena fe en el tercero del artículo 36 LH (lo que le privaría de la condición de tercero del art. 34 LH que exige dicho requisito y conduciría todo conflicto entre usucapiente y titular registral a una cuestión de derecho civil *ex art. 36.III LH*) porque el tercero adquirente incurre en *culpa lata* al desconocer que la finca era poseída por una persona que la había usucapido o estaba a punto de usucapirla.

En la doctrina SANZ FERNÁNDEZ señala que la usucapión consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición perjudicará al titular inscrito no solo en la hipótesis de mala fe del titular —conocimiento efectivo antes de perfeccionar la adquisición de la posesión de hecho de la finca y a título de dueño por persona distinta de su transmitente— sino también en los supuestos de *culpa lata* del titular que existirá cuando existan medios racionales para conocer la verdadera situación de la finca adquirida (lo cual será una cuestión de hecho que el juez debe resolver en cada caso) y cuando existan motivos suficientes para tener conocimiento de aquella situación considerando este autor que el *ac-cipiens* siempre habrá tenido motivos suficientes para conocer la situación posesoria del inmueble por lo que normalmente perjudicará al tercero la usucapión (SANZ, 1947: 550-552)⁴⁷.

También BÉRGAMO LLABRÉS se adhiere expresamente a esta tesis, que denomina teoría realista de la usucapión *contra tabulas* frente a la que también denomina teoría registralista⁴⁸, con una defensa a ultranza del usucapiente personificada en la sugestiva figura del «tío Celedonio»⁴⁹. Así, este autor señalará en defensa de dicho usucapiente *contra tabulas* los siguientes argumentos jurídicos: *Primero*, la naturaleza meramente declarativa de la inscripción que se limita a recoger una transferencia que se consumó fuera del Registro por aplicación de las normas del derecho civil de la teoría del título y modo. En consecuencia, dice este autor, en la pugna entre usuca-

piente *contra tabulas* y titular registral «este no puede invocar la inscripción como si fuera la *suprema ratio*, el argumento demoledor y decisivo capaz de inclinar la balanza a su favor» lo cual sería lógico en un sistema de inscripción constitutiva como el alemán, pero no en uno de inscripción declarativa como el español (BÉRGAMO 1946: 288). *En segundo lugar*, porque el principio de fe pública registral no protege al titular registral frente a las realidades físicas, elementos materiales o circunstancias de hecho «entre las cuales se encuentra la posesión material de la cosa por parte del usucapiente» (BÉRGAMO 1946: 289). *En tercer lugar*, porque el sistema español exige título y modo por lo que, al existir un usucapiente que estaba poseyendo, no pudo el *tradens*, de quien adquirió el inmueble el titular registral, llevar a cabo la *traditio* de una cosa que no poseía en realidad por lo que «si por no haber tradición no hubo adquisición efectiva, por no haber adquisición efectiva no pudo existir un tercero en favor del cual desarrollase su protección la *fides* pública» (BÉRGAMO 1946: 291). *En cuarto lugar*, porque el principio de fe pública registral exige buena fe del tercero hipotecario y, en los casos de usucapición *contra tabulas*, es evidente que la finca que el titular registral trata de transmitir a un tercero está poseída por el usucapiente, y a este tercero le tiene que entrar dicha evidencia material por los ojos, lo que impide la buena fe de este y, por ende, impide la protección de la fe pública del artículo 34 LH (BÉRGAMO 1946: 291). *Y, por último*, porque entre las causas de interrupción de la usucapición que prevé el Código civil en el artículo 1944, que deben interpretarse restrictivamente, no se encuentra «la disposición de su derecho aparente por el titular registral» (BÉRGAMO 1946: 295). Como consecuencia de todos estos argumentos BÉRGAMO LLABRÉS concluye que: «en todo supuesto de usucapición *contra tabulas* el titular del dominio o derechos reales que lleven implícita la posesión de la cosa, no tiene ni puede tener la consideración de tercero protegido» (BÉRGAMO 1946: 290) y que el artículo 36 LH equipara el conocimiento efectivo por el titular registral al «conocimiento presunto» al hablar de «medios racionales y motivos suficientes» debiendo entender que incurre normalmente en *culpa lata* (que no es la corrección media del *diligens pater familias*, sino la minuciosa solicitud de un hombre extremadamente celoso) quien adquiere una finca sin examinar previamente su estado físico, fiscal y jurídico (BÉRGAMO 1946: 304).

Otro de los autores que han exigido un deber especial de diligencia en el tercero es el catedrático GORDILLO CAÑAS defendiendo una concepción ética de la buena fe frente a la concepción psicológica (GORDILLO, 2006-1: 2367-2372). Así, señalará que la buena fe consiste en la confianza del tercero en la exactitud de la inscripción o negativamente expresado en el desconocimiento de su inexactitud (y referida a la adquisición la buena fe consiste en un error acerca de la titularidad y facultad dispositiva del tradente: el tercero

adquirente cree que quien le transmite es dueño y puede disponer), pero en tanto que buena fe subjetiva y para no hacer del Registro de la Propiedad un *asylum ignorantiae*⁵⁰ habrá de integrar en sí misma un cierto ingrediente ético o elemento de excusabilidad por el cual estará excluida dicha buena fe no solo por el efectivo conocimiento de los datos que recorten o impidan al titular inscrito el lícito ejercicio de su facultad dispositiva, sino también por la duda razonable acerca de su titularidad efectiva. Y sigue diciendo: «verdadero *asylum ignorantiae*, inmerecido refugio del *homo insipiens* sería el Registro» (GORDILLO, 2006-1: 2371)⁵¹ si la buena fe subjetiva exigida fuera un simple error subjetivo y no se exigiera cierto elemento de excusabilidad que haga justificable, y al menos éticamente disculpable, el error subjetivo, por lo que la buena fe no es solo una situación psicológica de error, una buena fe exclusivamente psicológica, sino una buena fe ética que debe incluir, para que el tercero pueda lucrarse de los efectos de la fe pública registral, el dato de la diligencia (GORDILLO, 2006-1: 2372). Y es que, en el fondo, una buena fe sin diligencia, afirma dicho autor, tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible⁵².

El problema es, por tanto, admitida la necesidad de la diligencia del tercero como requisito de la buena fe, saber si debe exigirse al tercero una extremada diligencia o la diligencia de cualquier ciudadano corriente; si debe realizar investigaciones extratabulares o la simple consulta al Registro satisface las exigencias éticas de la diligencia exigible. En el fondo, determinar ¿cuál es el *quantum* de diligencia exigible? Y sobre ello, opina GORDILLO, que la diligencia exigible al tercero requiere la consulta al Registro, pero dicha consulta puede no ser suficiente porque la buena fe, en su componente de diligencia, puede exigir otras investigaciones ulteriores a la elemental y primaria de aquella consulta (GORDILLO, 2006-2: 609). Y puede no ser suficiente porque, aun con dicha consulta, perjudicarán a tercero los derechos reales patentes cuya existencia «hiere» los sentidos (GORDILLO, 2006-2: 610). De esta oponibilidad de los derechos reales patentes, sin necesidad de inscripción, deduce «el deber de inspección de la finca que la normal diligencia impone a todo adquirente razonablemente precavido y prudente» (2006-2 :611). Y, afirma, que la posesión en concepto de dueño es uno de esos hechos que necesariamente tiene que «herir los sentidos» por lo que actuaría imprudentemente el tercero que, confiado ciegamente en el Registro, pretendiera adquirir despreocupándose de dicha posesión cuya existencia hiere los sentidos (GORDILLO, 2006-2: 611). Además, a la vista del componente ético de la buena fe y lo que ello implica de proceder honrado y leal, considera este autor que no actúa honrada y diligentemente el tercero del artículo 36 LH que, desoyendo el mensaje de esos indicios o motivos suficientes a los que alude el artículo, sin intento alguno de verificación y contraste, se lanza a adquirir no ignorando la lesión que eventual-

mente podría irrogar al derecho ajeno (GORDILLO, 2006-2: 612). En todo caso, concluye, la apreciación de la diligencia del tercero adquirente y de la buena fe es una tarea cuya solución ha de confiarse al prudente juicio del aplicador del Derecho quien debe aguzar la prudencia (*jurisprudencia*) en su apreciación *super casum* (GORDILLO, 2006-2: 612-613)⁵³.

Por último, considera GORDILLO CAÑAS, que la duda impide la buena fe y ello «porque es indeclinable condición del honesto actuar la superación de la duda» (GORDILLO, 2006-2: 614-615)⁵⁴. Ahora bien, esto, concluye este autor, exige una matización porque no todo atisbo o asomo de duda, sino solo la duda razonable y fundada y siempre que dicha duda pueda ser superada con el empleo de los medios al alcance de la normal diligencia, impide la buena fe (GORDILLO, 2006-2: 615-616)⁵⁵.

4. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH PUEDE SER DE BUENA FE Y, POR TANTO, TERCERO HIPOTECARIO

Frente la teoría realista, señala ROCA SASTRE que no cabe afirmar que siempre existirán motivos suficientes porque de ser así «el artículo 36 sería en este punto una perfecta burla para el tercer adquirente» (ROCA, 2008: 455). Además, sigue señalando este autor, el artículo 36 LH exige para que el usucapiente prevalezca sobre el tercero hipotecario que se «demuestre» que el adquirente tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer y «mal se puede exigir la demostración de algo que siempre exista» (ROCA, 2008: 455). Por ello, afirma tajantemente ROCA-SASTRE que lo que ha querido decir el artículo 36 LH: «es que se demuestre que la concreta adquisición del tercero se ha producido en circunstancias tales que permitan afirmar que el mismo contó con medios o elementos racionalmente bastantes o que tuvo motivos o razones suficientes para poder conocer, saber o enterarse de que la finca o derecho estaba poseído en concepto de dueño por otra persona» (ROCA, 2008: 455-456)⁵⁶. Además, señala este autor, que «si se está conforme que se trata de un supuesto de culpa lata no es lícito traer a colación aquí ni el tipo de diligencia de un buen padre de familia, ni el tipo de diligencia de un hombre extremadamente celoso de sus negocios, sino la negligencia crasa e inexcusable propia de un hombre abandonado y aplicada precisamente a la circunstancia de poseer «a título de dueño», que no es cosa tan fácil de discriminar, teniendo en cuenta que no se puede exigir al adquirente un examen a fondo de la situación jurídica de la cosa adquirida, pues para ello ya cuenta dicho *accipiens* con el Registro (ROCA, 2008: 456)⁵⁷.

En opinión de GARCÍA GARCÍA, tiene razón ROCA SASTRE, de modo que la expresión legal «medios racionales y motivos suficientes» que

emplea el artículo 36 a. LH «más que una situación impeditiva en todo caso de la buena fe del tercer adquirente (como defienden los partidarios de la tesis realista), viene a ser un límite y un intento de concreción de la expresión haber «podido conocer» a que se refiere el propio artículo 36. b. LH (GARCÍA GARCÍA, 2002: 139) evitando, de ese modo, el legislador una posible interpretación desmesurada de esa diligencia o «poder conocer». Así, dicha expresión legal «es una limitación en la interpretación de la diligencia del tercero, y no una ampliación en la exigencia de una mayor diligencia al mismo, de modo que es como si el legislador añadiera al requisito de «poder conocer», que esa posibilidad de conocimiento ha de ser racional y razonable. En definitiva, es la diligencia normal de cualquier persona corriente» (GARCÍA GARCÍA, 2002: 139)⁵⁸. Y propone, a continuación, un argumento de proximidad para interpretar la expresión legal «medios racionales y motivos suficientes» considerando que a mayor proximidad del tercero a la finca al adquirirla mayores posibilidades para que este haya tenido dichos medios y motivos que si la adquisición se produce por personas ajenas al ámbito o entorno de situación del inmueble (GARCÍA GARCÍA, 2002: 140)⁵⁹.

En parecido sentido de exigir solo una diligencia corriente y racional en un adquirente de tipo medio señalaba LACRUZ BERDEJO que, además de que no basta conocer la posesión de otro sino que es preciso también saber el título, en cuanto a la expresión «tener medios racionales y motivos suficientes para conocerla» claramente indica que no hay un deber estricto de inspeccionar el inmueble, ni menos de emplear medios extraordinarios para cerciorarse de su situación posesoria, y que bastará observar, si no hay sospechas de una situación anormal, una conducta que pueda ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio. Lo contrario sería una rémora para el tráfico» (LACRUZ, 2011: 268).

5. LA POSICIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA SOBRE LA BUENA FE DEL TERCERO DEL ARTÍCULO 36 LH

En primer lugar y con carácter previo hay que destacar que para que pueda acreditarse una adquisición por usucapión ha de existir una resolución judicial al respecto (RDGRN de 3 de diciembre de 2015), siendo necesario que la declaración de existencia de usucapión fuera el objeto principal del litigio, sin que sea admisible que la resolución judicial haga, sobre este asunto, una simple alusión incidental (RDGRN de 8 de septiembre de 2016). Asimismo, según reiteradísima doctrina de la DGRN la buena o mala fe del adquirente de un bien inmueble es una circunstancia no apreciable ni

por el registrador ni en vía de recurso gubernativo⁶⁰ sino que su existencia, o no, es una cuestión de hecho, reservada al órgano jurisdiccional⁶¹.

Por último, conviene señalar que el Tribunal Supremo ha sostenido en Sentencia de 4 de marzo de 1988, si bien no referido a un supuesto de usucapión sino de fe pública registral, que el tercero hipotecario no precisa del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada porque, de exigirse dicho requisito, el Registro de la Propiedad «no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad»⁶² señalando la STS de 18 de febrero de 2005 que «la buena fe del artículo 34 LH comprende no solo el desconocimiento de la inexactitud registral sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia, sin que sea preciso desarrollar una especial labor investigadora, ni tabular ni extratabular»⁶³. Por ello, como señala la STS de 26 de enero de 2000, «la buena fe registral que debe exigirse al titular inscrito es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento».

Como consecuencia de no exigir al tercero una investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales en numerosas ocasiones la jurisprudencia aprecia la existencia de un tercero hipotecario cualificado del artículo 36 LH frente al cual no prevalece la usucapión *contra tabulas*⁶⁴ si bien hay que reconocer que, en muchos casos, el usucapiente no reunía los requisitos (de buena fe, justo título, validez del título, posesión en concepto de dueño, etc.) para usucapir en forma abreviada. Pero, en otras ocasiones igualmente numerosas, el Tribunal Supremo deduce con facilidad que el *accipiens* pudo conocer que la finca era poseída por persona distinta del *tradens* (SANCINENA, 2009: 286) señalando la doctrina que son más frecuentes los casos en los que nuestro Tribunal Supremo admite la usucapión *contra tabulas*⁶⁵ que aquellos en los que el tercero hipotecario prevalece sobre el usucapiente (ÁLVAREZ, 1986: 142).

6. EL USUCAPIENTE *CONTRA TABULAS* NO GOZA DE JUSTO TÍTULO Y, POR TANTO, NO PODRÁ USUCAPIR ABREVIADAMENTE

Aunque llegáramos a aceptar, a efectos meramente dialécticos, que está derogado el artículo 1949 del Código civil y llegáramos a aceptar que cabe un usucapiente *contra tabulas* de buena fe se ha señalado por GARCÍA GARCÍA que, aun así, no cabría la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el usucapiente *contra tabulas* carece de justo título por dos motivos: primero, porque si en la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 LH la

inscripción equivale al justo título por analogía no parece que el título del usucapiente *contra tabulas* del artículo 36 LH pueda ser considerado justo título mientras subsista dicha inscripción que opera en beneficio del titular registral frente al usucapiente. Y segundo, porque si el artículo 36.III LH señala que en las relaciones entre usucapiente y el simple dueño que no es tercero hipotecario se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil cabe interpretar, *a contrario sensu*, que en las relaciones entre usucapiente y tercero hipotecario se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación hipotecaria, es decir, configurando como justo título la inscripción y no el título del usucapiente (GARCÍA GARCÍA, 2002: 134)⁶⁶.

ALBALADEJO GARCÍA (2005: 238) se adhiere recientemente de manera expresa a la tesis de GARCÍA GARCÍA y sostiene que no cabe usucapión ordinaria *contra tabulas* por los siguientes argumentos: porque el usucapiente carecerá de título ya que este por aplicación analógica del artículo 35 LH, ya señalada por GARCÍA GARCÍA, ya lo ostenta el titular inscrito y es la inscripción (ALBALADEJO, 2005: 240); porque el usucapiente carecerá siempre de buena fe ya que no es posible admitir que esté de buena fe un usucapiente que usucape contra lo que dice el Registro y porque se opone a la usucapión ordinaria *contra tabulas* la explícita letra del artículo 1949 del Código civil «*que para nada está derogado*» (ALBALADEJO, 2005: 241). Triada argumental que considera definitiva.

El problema que plantea este argumento utilizado por GARCÍA GARCÍA y ALBALADEJO GARCÍA es que se funda en la tesis de la equiparación (el art. 35 LH contiene una afirmación legal de que la inscripción es y equivale a justo título), pero no debemos desconocer que las recientes SSTs de 15 de enero de 2013 y la STS de 11 de julio de 2012 parecen haberse inclinado no por dicha tesis de la equiparación sino por la teoría de la presunción (el artículo 35 LH contiene una presunción *iuris tantum* por lo que la inscripción se presume *iuris tantum* como justo título) ya que después de señalar dichas resoluciones que la inscripción en el Registro opera un «reconocimiento posesorio» que permite acceder a su titular ya a una tutela interdictal, bien a la posesión hábil para usucapir (art 35 LH) y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica (art. 38 LH) puntualiza que «la protección dispensada en virtud de dicho reconocimiento posesorio queda establecida, conforme a la usucapión *secundum tabulas*, mediante una presunción *iuris tantum*»; de suerte que debe de haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. La inscripción, por tanto, sirve de refuerzo de una posible usucapión extrarregistral, pero de ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapión».

7. TOMA DE POSTURA

Considero que el artículo 1949 del Código civil ha sido derogado y, por ende, tanto la postura que sostiene, para negar la usucapión ordinaria *contra tabulas*, su vigencia como la postura que, en base a dicha vigencia, exige la previa inscripción del título del usucapiente han quedado sin fundamento. Así lo exigen no solo el argumento de que en el artículo 36 LH no distingue entre usucapión ordinaria y extraordinaria por lo que es aplicable a ambas sino principalmente el argumento de que la incompatibilidad de regulaciones entre 1949 del Código civil y 36 LH y que aquel estaba pensado para la anterior regulación de la *usucapio contra tabulas* contenido en el artículo 35 LH de 1869 y 1909 (que establecían que no perjudicaría a tercero la usucapión ordinaria si el justo título no se hallaba inscrito principiando a correr la usucapión desde la inscripción). Pero, dicho esto, entiendo que es prácticamente imposible que, salvo supuestos patológicos de doble inmatriculación, el usucapiente *contra tabulas* tenga buena fe porque debe exigírsele, como al tercero pluscuamperfecto, idéntica diligencia que a este. Si el tercero debió consultar el Registro y además, según un sector doctrinal que no comparto, inspeccionar la finca e indagar la situación fiscal y administrativa del inmueble, al usucapiente debe, al menos, exigírsele que consulte el Registro; debe exigírsele una buena fe ética; una diligencia básica que haga, en su caso, excusable el error. Y dicha diligencia básica es que haya consultado el Registro porque si no lo hace, en una sociedad avanzada como es la española del S. XXI actúa con negligencia, convierte el error en inexcusable y recuerda al diálogo del Quijote en el que Sancho prefería cerrar los ojos y no buscar al dueño para no perder la buena fe⁶⁷. Diálogo y principio aplicable al tercero, pero también, y no en menor medida, al usucapiente.

Y siempre, salvo los casos de doble inmatriculación, el prescribiente hubiera podido conocer y desde luego tenía medios y motivos para ello que la finca estaba inscrita a favor del titular registral. Pudo consultar que el bien inmueble que poseía (y que debiera haber inscrito) estaba inscrito en el organismo oficial de publicidad inmobiliaria, es decir en el Registro de la Propiedad, a nombre de un tercero y si no lo hizo no actuó con la diligencia «básica» de que habla nuestra reciente jurisprudencia ni con la diligencia de un buen padre de familia ni mucho menos con una diligencia especialmente cualificada que debería, en rigor, exigírsele para afectar a un tercero hipotecario. Si cabe hablar de un tercero pluscuamperfecto debe poderse hablar de un usucapiente pluscuamperfecto porque, como nos ha enseñado la doctrina, sería inconcebible hacer de peor condición al titular inscrito que a un usucapiente civil cuyo título suele ser un documento privado⁶⁸ y sería inconcebible que la LH exija una buena fe más intensa al tercero diligente que inscribió en el Registro frente al usucapiente clandestino; el Registro y

la LH no va a dar más protección y mejor trato al «tío usurpador» del que hablara GARCÍA GARCÍA que al tercero hipotecario⁶⁹.

En todo caso, en la lucha entre el usucapiente y el tercero registral la solución jurídica es, o debería ser, distinta según nos situemos en 1940 o en 2020. Y ello porque las normas, y entre ellas el artículo 36 LH, debe interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3 CC). Y la realidad social es radicalmente distinta en 1940 o en 2020. En la sociedad agraria de mediados de los 40 es lógico que se tratara de amparar al «tío Celedonio»⁷⁰ porque la mayoría del campo estaba sin inscribir y el agricultor, muchas veces, carecía de cualquier conocimiento jurídico, pero en la sociedad del S. XXI donde la práctica totalidad de la propiedad inmobiliaria en España se encuentra inmatriculada ese Tío Celedonio ya no existe⁷¹ no solo porque todos los agricultores actuales, con perfectos conocimientos de la transcendencia del Registro, van a consultar e inscribir sus derechos sino también porque el que no lo hace en la mayoría de los casos, y excepción hecha de supuestos patológicos de dobles inmatriculaciones, es un «tío usurpador» que no ha querido ni consultar ni inscribir su dominio en el organismo que el Estado reserva para la publicidad inmobiliaria: el Registro de la Propiedad; y es una persona cuya motivación, en muchos casos, es defraudar impuestos⁷². Y no olvidemos que el artículo 3 del Código civil exige interpretar las normas, entre otros parámetros, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Por eso, a mediados de la década de los años cuarenta del siglo pasado tenía algún sentido la crítica que hacía SANZ FERNÁNDEZ a la tesis de DE PORCIOLES de que no cabía usucapiente *contra tabulas* de buena fe. Y así, en 1947, decía SANZ FERNÁNDEZ (1947: 548 n. 55) que: «*era extraño que PORCIOLES, tan profundo conocedor de la vida rural española siente tan grave afirmación. El aldeano gallego que compra por documento privado una finca inscrita sin acudir al Registro, ¿podrá alguien afirmar que por ello actúa de mala fe?*». Pues bien, a mi entender la respuesta en la década de los años cuarenta del siglo XX —con una sociedad agraria, un Registro que no comprendía ni la mitad de las propiedades inscribibles y un bajo nivel cultural en el agro— no puede ser la misma que ahora y debemos afirmar que entonces probablemente ese aldeano gallego no adquiriría de mala fe; hoy, con casi total probabilidad, sí.

Y no parece que sirva como argumento que «normalmente el adquirente según el Registro, procederá de mala fe, pues es difícil que poniendo en sus asuntos no ya una exagerada diligencia sino la normal de un buen padre de familia no se entere de que la finca está poseída por otro» (SANZ, 1947: 538) porque ya no solo es factible en la sociedad actual —quizá menos hace 60 años— que el adquirente según el Registro compre sin ni siquiera ver la finca⁷³ sino que es perfectamente posible que aunque el adquirente conozca

que hay alguien poseyendo la finca no sepa que se trata de una *possessio ad usucapionem* en concepto de dueño.

En definitiva, si la función y finalidad económica del Registro es posibilitar que la riqueza inmueble de un individuo, de una familia, y, por extensión, de una nación, pueda servir de garantía a la gran palanca de toda economía moderna: el crédito, proporcionar seguridad jurídica reduciendo costes de información y transacción (MÉNDEZ, 1998:119-120; 2017-1: 66), y constituir un catalizador esencial de la actividad económica, pues estimula la inversión, facilita el comercio y abarata el crédito (ARRUÑADA: 2014)⁷⁴ es obvio que dichas funciones económicas del Registro se frustrarían si se permitiera la existencia de ese «diablo suelto fuera del Registro» (NÚÑEZ LAGOS, 1945: 7) que implica el usucapiente *contra tabulas* quien prefiere prescindir y preterir en su actuación, en su posesión extratabular, al organismo oficial de publicidad inmobiliaria, el Registro de la Propiedad, actuando de espaldas a él como si dicho organismo no existiera, pero luego reclamando el amparo jurisdiccional de su clandestina actuación cuando le conviene. Y dicho usucapiente *contra tabulas* también supone una quiebra y un debilitamiento de la economía de mercado y de las funciones irremplazables que ofrece la fe pública registral, al menos en el sentido amplio de dicho término que emplea MÉNDEZ GONZÁLEZ, dentro de nuestro sistema de transmisión inmobiliaria⁷⁵. Tampoco, por último, podemos olvidar que dicho prescribiente *adversus tabulas*, al poder prevalecer en ciertos casos previstos en el artículo 36 LH frente al titular inscrito (prevalece, desde luego, en caso de usucapción extraordinaria), aumenta las incertidumbres para adquirentes, propietarios y acreedores en el mercado inmobiliario y en esa misma medida, encarece la contratación y el crédito hipotecario (MÉNDEZ, 2017-1:66). Con todos esos inconvenientes no es razonable que el ordenamiento abrevie, encima, sus plazos permitiéndole una usucapción corta (ordinaria) *contra tabulas*.

Ello nos lleva a una crítica de la concepción romántica del usucapiente que subyace, en muchos casos, en la defensa del usucapiente *contra tabulas*. En efecto, a veces debajo de la defensa a ultranza de dicho usucapiente encontramos principios e ideas incompatibles con el derecho de propiedad (al menos en su actual configuración constitucional) y, otras muchas, consideraciones ajenas completamente al ámbito jurídico. Así, en ocasiones, se hace referencia a una concepción romántica, y extrajurídica de la usucapción aludiendo a «la misteriosa fuerza de la tierra no puede ser desconocida por el Registro» (ÁLVAREZ, 2010: 88) o del usucapiente al señalar que «el poseedor inveterado trabajador honrado de la tierra, no puede ser privado de la misma por un título artificial, creado desde un derecho emanado por el poder, y plasmado en el Registro de la Propiedad» (ÁLVAREZ, 2010: 88). Otras veces, se alude, como hacía BÉRGAMO LLABRÉS, a un supuesto

—y ya inexistente— «tío Celedonio —tipo de *homo bonus et diligens*, colilla en los labios y garrote en la mano— (que) es un técnico en sequías y cosechas pero desconoce las excelsitudes de la posesión tabular» (BÉRGAMO, 1946: 287) y que «confiado en la razón de su trabajo, en la santidad del legado de sus mayores y en los dictados de la opinión pública, no se preocupa de iniciarse en los secretos de una *ars hypothecaria* que por insondable, le infunde recelos. Se siente labrador, no personaje de un drama jurídico. Se siente usucapiente, no *prescribens contra tabulas*» (BÉRGAMO, 1946: 287). O se afirma, idealizando al usucapiente o al adquirente en documento privado, que el labrador «que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligia lo formal», mientras que el tercer hipotecario que «no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó de su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero habrá descuidado lo sustancial» (VALLET, 1973: 335). O, finalmente, en otras ocasiones, se recurre a viejas ideas que, al menos en España, carecen de respaldo constitucional como que la propiedad inmobiliaria es para el que la trabaja (GONZALES, 2012: 4, 5 y 8) o a criterios morales extrajurídicos (GONZALES, 2012: 14-15)⁷⁶ o a dudosos criterios de mantenimiento del orden social (GONZALES, 2012: 3)⁷⁷. En fin, se rodea de un halo romántico y sentimental a un usucapiente a quien se dibuja con unos rasgos mitificados. Y, frente a ello, se opone el frío Registro o se dibuja al tercero como un listillo que pretende arrebatar al pobre agricultor la tierra sobre la que suda y padece. Y se advierte, amenazadoramente, que en un mundo sin usucapión «los disturbios y revoluciones se vuelven cosa común con grave peligro para la estabilidad» (GONZALES, 2012: 3).

En todos estos casos, parece pensarse siempre en un usucapiente idealizado de finca rústica. En un pobre labrador que trabaja la tierra y se ve privado de ella por un «listillo» que conocía su existencia, pero también conocía el Registro y los insondables secretos del *ars hypothecaria*. Pero ese no es el perfil que muestra mayoritariamente nuestra jurisprudencia ni la realidad social del S. XXI. Al menos en España. El perfil que se trasluce es otro: es el de alguien que, perfecto conocedor de la institución registral y de su alcance, prefiere no consultar el Registro no sea que, como en el caso de Sancho Panza, descubra que la finca pertenece a otro y pierda su buena fe⁷⁸; es alguien que normalmente, y por razones —en muchos casos— de evasión fiscal, adquiere en clara contravención del artículo 1280 del Código civil un bien inmueble en documento privado (no olvidemos que la usucapión ordinaria exige justo título) precisamente porque conoce la obligación de los notarios de remisión periódica de documentos de compraventa a las autoridades fiscales. Es alguien que decide vivir al margen de las instituciones oficiales, del Registro de la Propiedad, no contribuir a las cargas fiscales, pero luego cuando vienen los problemas reclama la tutela de las instituciones

oficiales que deliberadamente evitó. Es el «tío usurpador» del que hablaba GARCÍA GARCÍA y no el «Tío Celedonio» que murió con el desarrollo social y económico de España de la segunda mitad del S. XX. Bien está que si reúne los requisitos de la usucapión extraordinaria dicho usucapiente pueda merecer, en aras de la seguridad jurídica, la tutela del ordenamiento, pero lo que no es admisible es que dicho ordenamiento abrevie los plazos de quien quiso vivir al margen del mismo con perjuicio de un tercero que, este sí, confió en una institución oficial, abonó sus impuestos y cumplió escrupulosamente con las obligaciones legales.

Por tanto, frente la visión romántica del usucapiente hemos de contraponer la seguridad jurídica que solo proporciona el Registro. Y reivindicar la figura del tercero siempre, claro está, que este contrate de buena fe. Y es que obviamente al tercero hipotecario ha de exigírsele, igualmente, el requisito de la buena fe, requisito que no un «hongo adventicio y extrañamente adherido a su figura» (GORDILLO, 2006-1: 2353)⁷⁹, sino un requisito inexcusable de la protección del tercero hipotecario que se funda en el carácter ético del Derecho y en la naturaleza de la publicidad registral porque la inscripción, que materializa y concreta dicha publicidad, no suplanta a la realidad sino que tiende a publicarla y porque el Derecho no puede amparar quien a sabiendas atropella el derecho ajeno (GORDILLO, 2006-1: 2352)⁸⁰. «*El titular registral —decía DE LA RICA (1949: 541)— no necesita ser un espíritu seráfico; pero ello no quiere decir que deba concederse la protección del sistema a pícaros y truhanes cuando, intenten trucos de prestidigitación documental para beneficiarse, como honestos diablos, de la fe del Registro*». Por tanto, no se defiende la protección ilimitada del tercero por lo que la discusión reside en cuándo se entiende cumplida dicha buena fe; y adhiriéndonos a la doctrina representada por GARCÍA GARCÍA o ROCA SASTRE entendemos que la buena fe que consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral se cumple por el tercero adquirente con la simple consulta al Registro y, añadimos, acogiendo la precisión de GORDILLO CAÑAS y de la escuela española del Derecho Natural representada por DOMINGO SOTO, que es necesaria la ausencia de sospechas o dudas porque si estas son razonables («no con un ligero escrúpulo sino con una creencia probable») y aclararlas no conlleva medios exorbitantes, no hacerlo elimina la buena fe. Y así, frente a la crítica de quienes afirman que la sola consulta del tercero no es suficiente debemos oponer que parecen pensar en un adquirente, persona física, que vive próxima a la finca (una) que desea adquirir y que, por tanto, no puede desconocer una posesión en concepto de dueño que, diría GORDILLO CAÑAS, «hiere a los sentidos»; parecen pensar en el adquirente tipo del S. XIX y si se me apura del S. XX⁸¹. Pero es que junto a ese adquirente hay en una economía de mercado actualmente otros: el de un gran Fondo de Inversión Inmobiliario u otro inversionista

que exige para sus inversiones seguridad jurídica y entiende legítimamente que la misma la proporciona la institución oficial encargada de la publicidad del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, inversionista que adquiere decenas de inmuebles y no puede estar inspeccionando cada uno porque para conocer su situación ya entiende que está el Registro⁸²; el de quien desea realizar una inversión en España y residiendo en el extranjero pide por Internet una nota simple o solicita una certificación y solo acude a la notaría para escriturar; el de quien, en el ejemplo de ROCA-SASTRE (2008: 456), desea especular rápidamente al calor de una inminente subida de precios de un inmueble que se encuentra a lo mejor en el otro extremo de España y que no desea ocupar sino revender⁸³. Y que no se diga que el derecho no puede proteger la especulación porque mientras no sea delictiva (maquinaciones para alterar precios, etc.) no solo es legítima, sino que es la base del mercado bursátil y del sistema capitalista. Todos estos adquirentes, todas estas adquisiciones se verían enormemente dificultadas (con lo que ello supone de inseguridad jurídica y desincentivación de la inversión) si estos nuevos adquirentes tuvieran que amoldarse a cánones pensados para compradores que viven cerca de la finca y pueden conocer el estado posesorio de la finca; se verían dificultadas si la simple consulta al Registro no fuera suficiente para resultar amparado por este porque, a lo peor, hay lo que NÚÑEZ LAGOS (1945: 7) llamaría un «*diablo suelto fuera del Registro*», un usucapiente *contra tabulas*. Y es que, como ya señaló MÉNDEZ, la exigencia de comprobación *in situ* del inmueble o de averiguación de su situación posesoria de la finca es coherente con una economía agraria de mercados muy reducidos donde las transacciones tienen lugar entre amigos y conocidos (2017-1: 115-116; 2017-2: 609), pero no tiene sentido en una economía de mercado caracterizada por la alta frecuencia contractual que además tiene lugar entre desconocidos —contratación impersonal.

Con la postura que se adopta en este artículo no se vulnera la función social de la propiedad porque si la tierra y en general la propiedad inmobiliaria no cumple, por la razón que sea, dicha función social a la que constitucionalmente está ordenada ya dispone el derecho de medios suficientes, incluida la expropiación, para corregirlo, pero tratar de solventar dicho problema generando otro de inseguridad jurídica y desincentivación de inversiones aun mayor no es razonable.

Señalaba, acertadamente, GALLEGO DEL CAMPO que el arraigo progresivo del Registro en la conciencia jurídica del país y el ingreso masivo de la propiedad inmueble en él, así como la generalización de la consulta a los libros registrales en la fase previa a la formalización de los negocios inmobiliarios, podrían favorecer en el futuro una tendencia jurisprudencial que exija al usucapiente, para entender cumplido el requisito de la buena fe, el examen del Registro porque dicha buena fe «como principio general

de orientación ética, exige el comportamiento «adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible», «el proceder honesto, esmerado, diligente» que corresponde al arquetipo de conducta social» (GALLEGO, 2004: 2696). Pues bien, entendemos que ese día ya ha llegado: que el pacto transaccional sobre el que se asienta la regulación del artículo 36 LH tenía probablemente completo sentido en la España rural de la posguerra, pero no en la España actual⁸⁴; que la institución registral está en el S. XXI hondamente arraigada en la sociedad española y que la propiedad inmobiliaria está mayoritariamente inmatriculada en los libros fundiarios⁸⁵.

Por otro lado, prácticamente siempre que se da un usucapiente ordinario *contra tabulas*, que precisa título y buena fe, se trata de un adquirente en documento privado. Y así quien incumplió la carga (no el deber, pero sí la carga) del artículo 1280 del Código civil al otorgar una transmisión de bien inmueble en documento privado; quien quiso vivir al margen del doble sistema de seguridad preventiva inmobiliaria, acaso el más perfecto que existe, del que disfrutamos en España, no puede pedir, encima, el auxilio del ordenamiento jurídico en contra de la figura de máxima protección de nuestro derecho hipotecario: el tercero hipotecario. Asumió, el usucapiente, los riesgos de vivir al margen del Registro, en la mayoría de los casos para no contribuir, como era su deber constitucional, a sus obligaciones tributarias y eso, a estas alturas de la historia (quizá no en 1944 pero desde luego hoy sí), es actuar sin la mínima buena fe, sin la mínima diligencia exigible. Y, desde luego, no merece la protección del ordenamiento el cual, frente a quien quiso vivir extratabularmente, debe preferir la defensa del principio de seguridad jurídica inmobiliaria, expresión del principio de seguridad jurídica que el artículo 9 CE ampara, que solo garantiza el Registro. El usucapiente vivió peligrosamente *extra tabulas* y asumió dicho riesgo. Y perdió⁸⁶.

En resumen, por supuesto que cabe la usucapción extraordinaria *contra tabulas*. En cuanto a la usucapción ordinaria entiendo que no cabe porque, en el S. XXI quien adquiere un bien inmueble sin otorgar escritura pública y/o sin consultar el Registro de la Propiedad o sin inscribir su titulación no actúa de buena fe ni con la mínima diligencia exigible. *A fortiori*, no cabría dicha usucapción ordinaria *contra tabulas* porque el prescribiente siempre carecerá de justo título ya que este, por aplicación analógica del artículo 35 LH y adhiriéndonos a la tesis de la equiparación, ya lo ostenta, como señalan GARCÍA GARCÍA y ALBALADEJO, el titular inscrito y es la inscripción.

En todo caso, para concluir, la técnica jurídica del artículo 36 LH es manifiestamente mejorable a pesar de que no han faltado autores que lo elogian⁸⁷. Y es mejorable no solo para aclarar la oscuridad de las expresiones «medios racionales y motivos suficientes»; no solo para clarificar si realmente la buena fe del tercero del artículo 36 LH es plusquamperfecta, como afirmaba DE LA RICA, o exige solo la diligencia ordinaria del hom-

bre normal, como sostenía GARCÍA GARCÍA, sino también porque es completamente inexacto hablar de «*prescripción comenzada*» como hace el artículo 36 LH (RODRÍGUEZ, 1999: 27)⁸⁸. En resumen, compartimos la conclusión de GALLEGU DEL CAMPO de que la redacción de este artículo es técnicamente imprecisa y complicada siendo un precepto confuso, oscuro, farragoso y de difícil comprensión que favorece inagotables discusiones doctrinales y dificulta una interpretación jurisprudencial uniforme (GALLEGU DEL CAMPO, 2004: 2710). Por ello, entiendo que *lege ferenda* debería ser modificado el artículo 36 LH en el marco de una reforma global del Derecho Hipotecario que exija la inscripción constitutiva del dominio fundiario y haga legalmente imposible, de manera expresa, la usucapión *contra tabulas* o, en todo caso, permita fundar esta materia sobre bases más perennes y objetivas que la buena fe que, sin duda, es imprescindible pero que al final no es sino la: «varita mágica que, por arte de encantamiento, puede convertir al tercero de emperador del sistema inmobiliario en pobre caballero andante apaleado por yangüeses, o, lo que es peor, tundido por picapleitos» (NÚÑEZ LAGOS, 1945: 17-18).

CONCLUSIONES

I. El artículo 1949 del Código civil ha sido derogado por el artículo 36 LH.

II. Nuestro Tribunal Supremo ha ido evolucionando en los últimos años desde una posición psicológica radical de la buena fe en el ámbito de los derechos reales a una posición ética que exige, en el ámbito de los derechos reales, una «carga ética de diligencia “básica” que haga, en su caso, excusable el error».

III. Dicha carga ética de diligencia «básica» que haga, en su caso, excusable el error debería ser, en materia de usucapión *contra tabulas*, a nuestro juicio la consulta del Registro de la Propiedad por lo que, salvo en los supuestos patológicos de doble inmatriculación, no cabe la usucapión de buena fe *contra tabulas*. En todo caso, en el caso excepcional de que existiera un usucapiente de buena fe *contra tabulas* el mismo carecería de justo título ya que este por aplicación analógica del artículo 35 LH, ya lo ostenta el titular inscrito y es la inscripción. Dicha solución que niega, con carácter general, la posibilidad de que exista un prescribiente adversus tabulas es la más respetuosa con la finalidad económica del Registro y de la fe pública registral entendida, esta última, en el sentido amplio expuesto en este trabajo.

IV. *De lege ferenda* sería conveniente modificar el artículo 36 LH que es un precepto confuso, de difícil comprensión y propicio para inagotables discusiones doctrinales y que adolece de una técnica imprecisa y complicada.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 16 de febrero de 1981 (TOL1.740.151).
- STS de 22 de septiembre de 1984 (TOL1.738.065).
- STS de 5 de julio de 1985 (TOL1.737.189).
- STS de 4 de marzo de 1988 (TOL1.732.843).
- STS de 15 de julio de 1988 (TOL1.733.798).
- STS de 30 de noviembre de 1991 (TOL1.728.448).
- STS de 31 de marzo de 1992 (TOL1.659.739).
- STS de 23 de junio de 1998 (TOL14.794).
- STS de 30 de octubre de 1998 (TOL2.641).
- STS de 17 de julio de 1999 (TOL3.265.995).
- STS de 19 de julio de 1999 (ROJ: STS 5259/1999).
- STS de 26 de enero de 2000 (TOL1.771).
- STS de 8 de marzo de 2001 (TOL4.964.804).
- STS de 28 de diciembre de 2001 (TOL3.265.986 y TOL130.718).
- STS de 11 de noviembre de 2002 (TOL4.974.991).
- STS de 7 de diciembre de 2004 (TOL526.521).
- STS de 18 de febrero de 2005 (TOL598.352).
- STS de 21 de julio de 2006 (TOL979.471).
- STS de 30 de octubre de 2006 (TOL1.006.879).
- STS de 7 de septiembre de 2007 (TOL1.146.771).
- STS (Sala 2.^a) de 2 de diciembre de 2009 (TOL1.762.113).
- STS de 21 de febrero de 2012 (TOL2.488.550),
- STS de 23 de abril de 2012 (TOL2.540.591).
- STS de 11 de julio de 2012 (TOL2.666.315).
- STS de 15 de enero de 2013 (TOL3.525.792).
- STS de 13 de mayo de 2013 (TOL3.753.363).
- STS de 21 de enero de 2014 (TOL4.102.054).
- STS de 8 de octubre de 2014 (TOL4.583.056).
- STS de 12 de enero de 2015 (TOL4.721.524).
- STS de 19 de mayo de 2015 (TOL5.090.533).
- STS de 1 de marzo de 2016 (TOL5.661.691).
- STS de 21 de julio de 2016 (TOL5.789.201).
- STS de 5 de febrero de 2018 (TOL6.509.366).

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 16 de octubre de 2001 (TOL2.670.425).

- SAP de Madrid (Sección 10.^a) de 1 de marzo de 2003 (TOL484.565).
- SAP de Cantabria (Sección 1.^a) de 20 de enero de 2004 (TOL444.589).
- SAP de Salamanca (Sección 1.^a) de 30 de diciembre de 2004 (TOL562.928).
- SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) de 24 de octubre de 2006 (TOL1.030.279).
- SAP de Barcelona (Sección 11.^a) de 7 de julio de 2009 (TOL1.604.588).
- SAP de Barcelona (Sección 4.^a) de 30 de diciembre de 2009 (TOL1.829.645).
- SAP de Tenerife (Sección 3.^a) de 9 de diciembre de 2011 (TOL2.466.944).
- SAP de Madrid (Sección 9.^a) de 24 de mayo de 2012 (TOL2.579.261).
- SAP de Madrid (Sección 25.^a) de 3 de enero de 2013 (TOL3.014.918).
- SAP de Madrid (Sección 12.^a) de 6 de junio de 2013 (TOL3.859.116).
- SAP de Las Palmas (Sección 4.^a) de 18 de marzo de 2014 (TOL4.223.987).
- SAP de Alicante (Sección 6.^a) de 17 de junio de 2014 (TOL4.521.821).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 31 de marzo de 2015 (TOL5.007.883).
- SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 4 de mayo de 2015 (TOL5.173.555).
- SAP de Barcelona (Sección 13.^a) de 9 de julio de 2015 (TOL5.500.859).
- SAP de Madrid (Sección 12.^a) de 23 de julio de 2015 (TOL5.512.915).
- SAP de Tenerife (Sección 3.^a) de 6 de octubre de 2015 (TOL5.630.250).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 10 de diciembre de 2015 (TOL5.748.585).
- SAP de Toledo (Sección 1.^a) de 22 de diciembre de 2015 (TOL5.635.016).
- SAP de Burgos (Sección 3.^a) de 29 de diciembre de 2015 (TOL5.639.444).
- SAP de Tenerife (Sección 4.^a) de 23 de febrero de 2016 (TOL5.772.919).
- SAP de Les Illes Balears (Sección 5.^a) de 2 de marzo de 2016 (TOL5.676.697).
- SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 28 de marzo de 2016 (TOL5.702.053).
- SAP de Les Illes Balears (Sección 5.^a) de 22 de abril de 2016 (TOL5.734.940).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 20 de mayo de 2016 (TOL5.836.931).
- SAP de Las Palmas (Sección 4.^a) de 26 de mayo de 2016 (TOL5.771.902).
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a) de 28 de junio de 2016 (TOL5.843.469).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 7 de julio de 2016 (TOL5.867.047).
- SAP de Álava (Sección 1.^a) de 27 de julio de 2016 (TOL5.856.256).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 12 de septiembre de 2016 (TOL5.900.012).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 7 de octubre de 2016 (TOL5.899.699).
- SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 21 de diciembre de 2016 (TOL5.986.996).
- SAP de Asturias (Sección 4.^a) de 11 de enero de 2017 (TOL5.953.094).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 20 de enero de 2017 (TOL6.144.915).

- SAP de Les Illes Balears (Sección 5.^a) de 7 de febrero de 2017 (TOL6.012.320).
- SAP de Almería (Sección 1.^a) de 8 de marzo de 2017 (TOL6.182.134).
- SAP de Salamanca (Sección 1.^a) de 4 de abril de 2017 (TOL6.110.963).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 16 de mayo de 2017 (TOL6.466.959).
- SAP de Las Palmas (Sección 5.^a) de 27 de junio de 2017 (TOL6.357.522).
- SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 6 de septiembre de 2017 (TOL6.452.592).
- SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 3 de octubre de 2017 (TOL6.444.051).
- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 19 de diciembre de 2017 (TOL6.544.061).
- SAP de Albacete (Sección 1.^a) de 20 de diciembre de 2017 (TOL6.520.043).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 22 de diciembre de 2017 (TOL6.581.743).
- SAP de Toledo (Sección 1.^a) de 10 de enero de 2018 (TOL6.533.842).
- SAP de Ciudad Real (Sección 2.^a) de 12 de febrero de 2018 (TOL6.577.387).
- SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 23 de febrero de 2018 (TOL6.604.669).
- SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 7 de marzo de 2018 (TOL6.624.356).
- SAP de Valladolid (Sección 3.^a) de 18 de mayo de 2018 (TOL6.683.902).
- SAP de Valladolid (Sección 3.^a) de 21 de mayo de 2018 (TOL6.683.903).
- SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 12 de septiembre de 2018 (TOL6.877.167).
- SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 28 de septiembre de 2018 (TOL6.899.027).
- SAP de Pontevedra (Sección 6.^a) de 29 de octubre de 2018 (TOL7.003.402).
- SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 20 de diciembre de 2018 (TOL6.997.343).
- SAP de Les Illes Balears (Sección 3.^a) de 19 de febrero de 2019 (TOL7.153.891).
- SAP de Teruel (Sección 1.^a) de 26 de marzo de 2019 (TOL7.350.656).
- SAP de Madrid (Sección 12.^a) de 11 de julio de 2019 (TOL7.457.511).
- SAP de Pontevedra (Sección 6.^a) de 29 de marzo de 2019 (TOL7.262.243).
- SAP de Ceuta (Sección 6.^a) de 30 de mayo de 2019 (TOL7.436.801).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 18 de noviembre de 2005 («BOE» de 10 de enero de 2006).
- RDGRN de 27 de febrero de 2006 («BOE» de 10 de abril de 2006).
- RDGRN de 25 de noviembre de 2006 («BOE» de 21 de diciembre de 2006).
- RDGRN de 19 de abril de 2010 («BOE» núm. 138, de 7 de junio de 2010).
- RDGRN de 3 de diciembre de 2015 («BOE» de 28 de diciembre de 2015).
- RDGRN de 8 de septiembre de 2016 («BOE» de 30 de septiembre de 2016).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1993). Comentario al artículo 1949 del Código civil. *Comentarios al Código civil. T. XXV - Vol. 1.º, Artículos 1930 a 1960 del Código civil* [En línea], Ed. Edersa, consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1-255397>.
- (2005). *La usucapión*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Registrales.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1978). La posesión y el Registro de la Propiedad. *RDP*, T. 62, 465-490.
- (2010). *Derecho inmobiliario registral* [En línea]. 3.ª ed. Pamplona. Consultado en https://www.academia.edu/30516154/Derecho_inmobiliario_registral2010. También se ha consultado la 1.ª ed. de la obra (1986), Madrid: Civitas.
- ARRUÑADA SÁNCHEZ, BENITO (2014). El Registro de la Propiedad, *Revista Profesiones*, núm. 150 (extra), XVI-XVII.
- AZPIAZU RUIZ, J. (1946). ¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?, en *RCDI* núm. 223, 729-737.
- BÉRGAMO LLABRÉS, A. (1946). La usucapión y el Registro de la Propiedad. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 1 de junio de 1945. *AAMN*, T. III, Madrid. 271-314.
- BERNAD MAINAR, R. (2016). La Pandectística alemana: columna vertebral impeccedera del iusprivatismo moderno. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre 2016.
- BLASCO GASCÓ, F.P. (2019). *Instituciones de Derecho civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario* (3.ª ed.). Valencia. Tirant Lo Blanch.
- BONFANTE, PIETRO (1893). Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore. *Bullettino dell'istituto di diritto romano*. Roma: L. Pasqualucci Editore, 85-118.
- (1965) *Instituciones de Derecho romano*. 4.ª edición. Madrid: Instituto Edit. Reus.
- CAMY SANCHEZ CAÑETE, B. (1971). *Comentarios a la Legislación hipotecaria*. Vol. V. Pamplona: Aranzadi.
- CASTRO LUCINI, F. (1983). Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del Profesor don Federico de Castro, en *ADC*, núm. 4, 1227 a 1242.
- CLEMENTE MEORO, M.E. (2007). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*. 2.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- DE LA RICA Y ARENAL, R. (1949). La buena fe y la publicidad del Registro. *RCDI*, núm. 256, 537-562.
- DE PORCIOLES COLOMER, J.M. (1945). *La prescripción y el Registro de la Propiedad. Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*. Conferencias del cursillo del año 1944. Barcelona: Ed. Imp. Vda. de J. Savater Bros — Colegio Notarial de Barcelona, 163-191.
- DÍEZ PICAZO, L. (1963). *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 134-135.
- (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 4.ª edición. Madrid: Civitas.

- (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Quinta edición. Madrid: Civitas.
- DOMINGO DE SOTO (1967). *De la Justicia y el Derecho*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos.
- FENOY PICÓN, N. (2003). La usucapción ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código civil. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. III*. Madrid: Thomson Civitas, 3771-3828.
- GALLEGU DEL CAMPO, G. (2004). La usucapción *contra tabulas*. *RCDI*, núm. 686, 2655-2710.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2002). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. T. III. 1.^a ed. Madrid: Civitas.
- GARCÍA VILA, J.A. (2012). El principio de cognoscibilidad legal [En línea] consultado en https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-cognoscibilidad-legal.htm#_ftn58
- GONZALES BARRÓN, G.H. (2012). La usucapción siempre vence al tercero de la fe pública registral. El inexistente problema de la «usucapción *contra tabulas*». *Derecho y Cambio Social*, año 9, n.º. 29, 1-44, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493229.pdf>
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1948). *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil II*. Madrid: Ministerio de Justicia
- GORDILLO CAÑAS, A. (2002). Sentencia de 28 de diciembre de 2001. Prescripción adquisitiva: buena fe y justo título. Usucapción *contra tabulas*. *CCJC*, N.º 58 enero/marzo 2002, 429-438.
- (2006-1). La buena fe hipotecaria. «Quaestiones quodlibetales». *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola. T. II*. Madrid: Fundación registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2351-2389.
- (2006-2). El principio de fe pública registral (I). *ADC*, núm. 2, 509 a 656.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2011). *Derecho Inmobiliario Registral*. Navarra: Aranzadi.
- LUNA SERRANO, A. (1991). Comentario al artículo 1949 del Código civil. En C. Paz Ares Rodríguez (dir.). *Comentario del Código civil, T. II*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 2117-2120.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (1998). La función económica de la Publicidad Registral en *Anales(I) : 1996/1997 I Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil*, 119-148 [En línea] consultado en <https://2019.vlex.com/#vid/funcion-economica-publicidad-57756109>.
- (2017-1). *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- (2017-2). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (271/2015). Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 LH, en Yzquierdo Tolsada M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 7.º. Madrid. Dykinson, 583 a 613.
- (2018). La «buena fe» del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Una revisión crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 117, N.º 1, 2018, 9-40.

- MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2014). La usucapión «contra tabulas» en la nueva doctrina del Tribunal Supremo [En línea] consultado en <https://elderecho.com/la-usucapion-contra-tabulas-en-la-nueva-doctrina-del-tribunal-supremo>
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1990). La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 11 de diciembre de 1986. *AAMN*, T. XXIX, [En línea] consultado en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/buena-concrecion-pronunciada-matritense-238494>
- (1991). Comentario al artículo 7 del Código civil. *Comentario del Código civil*, T. I. Madrid: Ministerio de Justicia. 37-56.
- (1992). *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons.
- NÚÑEZ LAGOS, R. (1945). Realidad y Registro. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril. Madrid: Ed. Instituto Editorial Reus, 1-43.
- (1962). *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*. Valencia: Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.
- PETIT SEGURA, M.A. (1992). Sentencia de 31 de marzo de 1992. Usucapión *contra tabulas*; prescripción ordinaria y prescripción extraordinaria: concepto de tercero. *CCJC*. abril-agosto 1992, 447-453.
- REGLERO CAMPOS, L.F. (2013). Comentario a los artículos 1940 a 1960. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código civil*. 4.ª Ed. Madrid: Aranzadi, 2522-2523.
- ROCA I TRÍAS, E. (1979). Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad. *RCDI*, núm. 530, 9-72.
- ROCA SASTRE, R.M. [et al.] (2008). *Derecho hipotecario*. T. II, Vol. 2. 9.ª ed. Barcelona: Bosch.
- ROBLES MORCHON, G. (2015). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Volumen II. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- RODRÍGUEZ OTERO, L. (1999). Una sospechosa coincidencia (la llamada prescripción *contra tabulas*). *Lunes 4'30. Año XII. núm. 249*, 1.ª quincena de enero, 1999. Valencia: Ed. Registradores de la Comunidad Valenciana, 21-27.
- RUBIO GARRIDO, T. (1994). *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión inmobiliaria*. Navarra: Aranzadi.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho hipotecario*, T. 1. Madrid: Instituto editorial REUS.
- SOLS GARCÍA, P. (1949). Prescripción contra el Registro. Síntesis de la doctrina legal. *ADC*. 1949 núm. 1, 124 a 135.
- URBANO NAVARRETE, S.J. (1959) *La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva*, Estudio Histórico-Canónico. Roma: «Analecta Gregoriana».
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1973). La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública. *Estudios sobre derechos de cosas*. Madrid: Montecorvo, 323-388.
- VILLARES PICO, M. (1947). La posesión y el Registro. *RCDI*, núm. 230-231, 409-448.

- WIEACKER, F. (1977). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). Artículo 1949. Prescripción contra Registro de la Propiedad. En R. Valpuesta Fernández y A. Cañizares Laso, *et al.* (dir.). *Código civil comentado*. Vol. 4, 1582-1585.

NOTAS

¹ Resaltando dicho conflicto entre Registro y usucapión añadiría NÚÑEZ LAGOS: «Posesión, usucapión y Registro de la Propiedad. Nada más... y nada menos. La posesión que es, además, la base de la usucapión es la quiebra del sistema inmobiliario del Registro[...]. De ahí el rechinar constante de todas las piezas de ambos sistemas al ponerse en contacto» (1945: 2). «La posesión es el 'daemonium' para el Registro de la Propiedad. Además, femenino. Archidiablesa, soberana princesa del imperio de la duda, del error y la confusión, en maridaje con el tiempo, engendraba un trasgo espantable llamado usucapión que haría totalmente estériles los asientos del Registro y los dogmas de sus pontífices» (1945: 4).

² Así, señala la SAP de Madrid (10.^a) de 1 de marzo de 2003: «De entenderse que el artículo 1.949 del Código civil se encuentra vigente y es de plena aplicación a la usucapión en contra de lo proclamado por el Registro, el rechazo de la pretensión ejercitada en la demanda sería automático porque se basa en una usucapión ordinaria —art. 1957 del Código civil— a la que no podría acudir por proscribírselo el citado artículo 1949 del Código civil, que solo permite adquirir el dominio por usucapión a través de la extraordinaria —art. 1959 del Código civil».

³ Por eso, entendía coherentemente GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2672, que del artículo 1949 del Código civil, que consideraba vigente, debían expurgarse las exigencias imposibles «dejando su redacción en los siguientes términos: Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero».

⁴ La doctrina del Tribunal Supremo debe ser, según el tenor del artículo 1.6 del Código civil, «reiterada», pero la STS de 15 de julio de 1988, tras insistir en que la existencia de una sola sentencia no crea jurisprudencia, indica: «que en el caso resuelto por referida resolución actuó la Sala Primera de este Alto Tribunal en pleno, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere».

⁵ En nuestra jurisprudencia se muestran en contra de que el artículo 1949 del Código civil haya sido derogado, entre otras, la STS de 31 de marzo de 1992; STS de 19 de julio de 1999; STS de 28 de diciembre de 2001. En nuestra doctrina se han manifestado en contra de que el artículo 1949 del Código civil haya sido derogado ALBALADEJO GARCÍA (2005): 239 y 241 modificando su criterio anterior; AZPIAZU RUIZ (1946): 737; CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (1971): 85 y 88; GARCÍA GARCÍA (2002): 119; LUNA SERRANO (1991): 2117-2120; YZQUIERDO TOLSADA (2011): 1582-1585, si bien este autor limita el 1949 del Código civil al supuesto de doble inmatriculación; NÚÑEZ LAGOS (1962): 10-13; PETIT SEGURA (1992): 451 y GALLEGO DEL CAMPO (2004): 2672. En todo caso, ni siquiera hay acuerdo sobre si esta doctrina es o no minoritaria. Así, según SANCINENA ASURMENDI (2009): 271, la tesis que mantiene la vigencia del 1949 del Código civil es minoritaria y la que defiende su tácita derogación mayoritaria. En contra, señalaba GARCÍA GARCÍA (2002) 136, que la teoría que mantiene la vigencia puede considerarse mayoritaria porque, «salvo Sanz Fernández y Roca Sastre, los demás autores citados (Porcioles, De la Rica, Azpiazu, Villares Picó, Núñez Lagos) y la jurisprudencia citada por Azpiazu y Villares Picó, además de las ya indicadas, parten de que la usucapión ordinaria no tiene cabida en el artículo 36 LH».

⁶ Como dice SANCIÑENA ASURMENDI (2009: 270): la doble inmatriculación constituye una «anomalía del sistema» por lo que cabe exigirla como requisito legal de la usucapión *contra tabulas*; o, en palabras de GALLEGU DEL CAMPO (2004: 2672), «no cabe entender que un precepto ha sido concebido para casos excepcionales, patológicos o dependientes de la conducta ilegítima de un funcionario público».

⁷ Sostienen que el artículo 1949 del Código civil ha sido tácitamente derogado por el artículo 36 LH, entre otros: ALBALADEJO GARCÍA (1993) si bien posteriormente modifica su postura adhiriéndose a la tesis que sostiene la vigencia del artículo 1949 del Código civil (2005): 239 y 241; CLEMENTE MEORO (2007): 156-157; FENOY PICÓN (2003): 3771 y 3826; GORDILLO CAÑAS (2002): 435 y 437; REGLERO CAMPOS (2013): 2522-2523; ROCA I TRÍAS (1979): 53 y 55; ROCA SASTRE *et al.*: (2008): 441, 445, 446 y 465-466; RUBIO GARRIDO (1994): 61; SANCIÑENA ASURMENDI (2009): 271; SOLS GARCÍA: (1949): 133; VILLARES PICO (1947): 434. Por su parte, en cuanto a SANZ FERNÁNDEZ señalaba FENOY PICÓN que dicho autor consideraba derogado el artículo 1949 del Código civil porque aplicaba el artículo 36 LH a la usucapión ordinaria contra tabulas lo que dejaría sin campo material de aplicación al artículo 1949 del Código civil (FENOY, 2003: 3797). Se hace eco expresamente de esta disparidad de tendencias doctrinales entre otras SAP de Madrid (21.^a) de 16 de octubre de 2001 y la SAP de Madrid (10.^a) de 1 de marzo de 2003, F.D. 5.^o.

⁸ STS de 21 de enero de 2014. Doctrina ratificada por la STS de 1 de marzo de 2016. En nuestra jurisprudencia menor sostienen dicha derogación tácita, entre muchas otras, la SAP de Madrid (12.^a) de 11 de julio de 2019 y la SAP de Madrid (14.^a) de 19 de diciembre de 2017. Incluso antes de las SSTS indicadas ya habían postulado expresamente tal derogación tácita, entre otras, la SAP de Cantabria (1.^a) de 20 de enero de 2004.

⁹ Así, p.e. en nuestra dogmática privatista mientras MIQUEL (1991): 40, se muestra contrario a la teoría unitaria porque los intentos de reconducir a unidad el concepto de buena fe son vagos, abstractos y su pobreza de información no aporta los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio, no obstante, a favor de la teoría unitaria puede verse, entre otros, HERNÁNDEZ GIL (1979): *passim*.

¹⁰ D. 50, 16, 109: «Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse».

¹¹ Decimos «explícitamente» porque existen autores que consideran necesario que dicha creencia sea éticamente irreprochable [así entre otros ZOESIUS, Henricus (1571-1627) *Commentarius ad Digestorum* lib. 41, tit. 3 n. 54 y Johannes VOET (1647-1713) *Commentariorum ad Pandectas* lib. 41, tit. 3 n. 6 cit. ambos, por URBANO NAVARRETE, S. J. (1959, 32)].

¹² Así, como señala URBANO NAVARRETE (1959): 32, Savigny y Arndts definirán la buena fe como la creencia errónea de haber llegado a ser propietario; Karl Adolph von Vangerow como la creencia de haber adquirido la cosa del verdadero dueño y, por último, Roderich Von Stintzing, como la ignorancia de los vicios por los cuales el título es inepto para la adquisición de la cosa. En todos los casos, como vemos, como un estado psicológico (de creencia o de ignorancia).

¹³ Más ampliamente sobre otras teorías de la buena fe (tesis normativas, volitivas y la teoría del hecho jurídico de Sacco etc.) *vide* GÓMEZ ACEBO (1952): 108-109.

¹⁴ No obstante, MIQUEL (1991): 40 y sigs. se muestra crítico con esta contraposición entre buena fe psicológica y ética porque, dice, en realidad, estamos ante dos concepciones éticas: la individual (en la que juzgamos la buena fe con los parámetros del individuo concreto a quien nos estamos refiriendo) y la social (en la que juzgamos la buena fe con parámetros sociales, introduciendo elementos como la conducta debida de diligencia en la formación del conocimiento o la excusabilidad del error). Por eso, entiende este autor, la llamada concepción ética de la buena fe no es más ética que la llamada concepción psicológica, sino al contrario, pero sí más objetiva y externa.

¹⁵ En este sector destacan señaladamente WACHTER y WINDSCHEID. *Vide* más ampliamente GÓMEZ ACEBO (1952): 106. En nuestra doctrina romanista se adhiere a dicha concepción psicológica de la buena fe en derecho romano, entre otros, MIQUEL (1992: 188) quien señala que la buena fe del usucapiente era la creencia errónea del poseedor de que el *tradens* era propietario cuando realmente no lo era.

¹⁶ En este sentido, señala WACHTER que hay textos en el Digesto que claramente admiten la buena fe del poseedor en caso de error inexcusable por lo que dicha inexcusabilidad del error no impide la usucapición. Así p.e. entre otros puede leerse en D.5.3.25 § 6: «no opino que sea poseedor de mala fe este, que está exento de dolo, aunque yerre en cuanto al derecho» (BONFANTE, 1893: 89).

¹⁷ Como nos recuerda GARCÍA VILA (2012), para BRUNS la *bona fides* romana suponía siempre una confianza honesta, y se medía por un módulo objetivo tomado del tráfico.

¹⁸ Así, BONFANTE (1893): 90 señalará que para BRUNS la buena fe: «indica l'onestà, la rettitudine, il comportarsi scrupolosamente da persona dabbene: non si tratta di credere o non credere, ma di coscienza pura, di onoratezza, di moralità».

¹⁹ Mas ampliamente sobre el pensamiento de BRUNS *vide* URBANO NAVARRETE (1959): 34-35; BONFANTE (1893): 90-92 *et passim*; GÓMEZ ACEBO (1952): 107.

²⁰ Cita Bruns, entre dichos supuestos, D 41.4.7 § 6: «*Si el fundo que podía vender por cien áureos lo hubiere entregado tu procurador por treinta áureos con el único objeto de causarte perjuicio, ignorándolo el comprador, no se debe dudar que el comprador lo usucapirá con el transcurso de largo tiempo; porque cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, tampoco se interrumpe la larga posesión*». También D 41.4.8: «*Si alguno, sabiendo que el vendedor consumirá inmediatamente el dinero, le hubiese comprado esclavos, respondieron los más, que él era, ello, no obstante, comprador de buena fe; y esto es más verdadero, porque ¿cómo se considera que compró de mala fe el que le compró al dueño, —a no ser acaso que no usucapia el que le compró los esclavos a un lujurioso, que inmediatamente le había de dar el dinero a una ramera? Vide, también, D 26.8.5.2, 5. A nuestro entender son, asimismo, supuestos de usucapición de cosa propia del tradens contenidos en el Digesto los siguientes: D. 41.4.2.15: «Si sin la autoridad del tutor le hubiere yo comprado una cosa a un pupilo, que yo creía que era púbero, diremos que tiene lugar la usucapición» y D 41.4.2.16: «Si yo le hubiere comprado una cosa a un loco, a quien yo creía en su cabal juicio, es sabido que por causa de utilidad puedo usucapirla, aunque fuese nula la compra*».

²¹ Así p.e. existen casos en que se tiene conciencia de adquirir de quien no es propietario y aun así existe buena fe (p.e. D 41, 7, 5: «*Si te hubiere comprado una cosa que poseías habiéndose tenido por abandonada, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, es sabido que la usucapiré; y no obsta que no haya estado en tus bienes porque el mismo derecho hay también si a sabiendas hubiere yo comprado una cosa a ti donada por tu mujer, porque esto lo harías como queriéndolo y concediéndolo su dueño*»); casos en que existe la creencia subjetiva de que no se es propietario, a pesar de serlo, y aun así existe la buena fe (p.e. D 41, 3, 44, 4: «*Un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le habla entregado; ¿por qué no la usucapirá, habiendo habido buena fe al principio de la posesión, aunque este por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio? Lo mismo se habrá de decir, también si por no leve presunción creyera que la cosa comprada fue a su poder por virtud de la herencia del padre*»). Y, por último, p.e. en la *praescriptio longi temporis*, que exigía buena fe, existen supuestos en que no se da la «*opinio domini*» (así p.e. en D 9, 4, 28 «*Y según esto, también lo usucapiré, aunque a sabiendas posea yo el esclavo ajeno*»). *Vide* más ampliamente URBANO, 1959: 33.

²² Más ampliamente sobre el pensamiento de Pernice *vide* GÓMEZ ACEBO (1952): 107; URBANO NAVARRETE (1959): 35; BONFANTE (1893): 92-94.

²³ BONFANTE (1893: 94-95): «La buona fede è un concetto etico, generale e uguale in tutti i rapporti. Il suo presupposto normale nella possessio bonae fidei e quindi nel-

l'usucapione è l'errore, cioè un fatto psicologico; raramente l'azione o il comportamento esteriore del subbietto. Quando a ogni modo concorrono e il momento etico e il momento psicologico non è concepibile una prevalenza dell'uno sull'altro, come non è concepibile una prevalenza tra causa ed effetto».

²⁴ En nuestra doctrina romanista se adhieren a dicha concepción ética de la buena fe del usucapiente, entre otros, IGLESIAS (2010): 198, al señalar que la buena fe del poseedor era en derecho romano un concepto ético que significaba «la creencia leal, la honesta convicción de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa»; en parecido sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2014): 378.

²⁵ «Il suo presupposto normale nella *possessio bonae fidei* e quindi nell'usucapione è l'errore, cioè un fatto psicologico» (BONFANTE, 1893: 94-95).

²⁶ Así, señalará BONFANTE (1893):98: «Il Bruns intende la sua buona fede etica come una buona fede più rigida, più elevata, la psicologica come una buona fede più rilassata. Ma non sono entrambi concetti etici? e che cosa è mai questa opposizione se non tra due stati o gradi di un concetto etico, l'uno più rigoroso, l'altro più blando?».

²⁷ Por su parte, para *Voci* si bien los juristas clásicos no se cuestionan la excusabilidad o no del error por lo que la buena fe lleva, siempre que concurren los otros requisitos, a la usucapión, no obstante, los juristas justinianeos sí exigirán que la buena fe se funde sobre un error excusable (VOCI: L'errore nel diritto romano 166 cit. por URBANO NAVARRETE (1959): 39-40).

²⁸ Así, en España, en el ámbito civil, GÓMEZ ACEBO (1952): 126-127, considera que en materia de usucapión y posesión el concepto del Código civil que resulta de los artículos 433 y 1950 es predominantemente psicológico, aunque, dado que la excusabilidad del error es un problema de suficiencia de la buena fe, «la rigurosidad para la calificación de suficiencia de la buena fe es menor en materia de adquisición de frutos, mayor en la usucapio y quizá aun mayor todavía en las aplicaciones de la apariencia». En el ámbito hipotecario también ROCA SASTRE (2008): 446-447, acepta una concepción psicológica porque considera que la buena fe del usucapiente es simplemente un estado psíquico intelectivo.

²⁹ Véase la doctrina española citada por CASTRO LUCINI (1983): 1232 a favor de la concepción ética.

³⁰ Dicha concepción ética no atiende a la convicción o pensamiento —manifestación del espíritu— sino a la exteriorización de la conducta, de modo que existirá buena fe cuando la persona se manifieste en sus relaciones de una manera honesta o actúe con rectitud. Se atiende aquí a la moralidad objetiva del acto y ecos de la misma se pueden encontrar en la EM del Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, que introduce la nueva redacción del artículo 7.1 del Código civil («Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe») y señala que: «Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico».

³¹ STS de 17 de julio de 1999. También defienden dicha concepción psicológica de la buena fe, entre otras, las STS de 16 de febrero de 1981; STS de 28 de diciembre de 2001; STS de 11 de noviembre de 2002; STS de 30 de octubre de 2006. Incluso en los últimos años no falta alguna sentencia aislada que aun contiene referencia a dicha concepción psicológica, así *vide* p.e. STS de 13 de mayo de 2013; STS de 5 de febrero de 2018 (*obiter dicta*).

³² La STS de 7 de diciembre de 2004 señalará, con cita de numerosa jurisprudencia y en dicha tendencia hacia la objetivación de la buena fe, que esta «consiste en un estado psicológico [...] determinado por el desconocimiento o equivocado conocimiento de la realidad [...]». Ese estado, sin embargo, no se define de una manera absolutamente pura por consideraciones psicológicas, sino que recibe influencias objetivas, al ponerse aquellas en relación con el comportamiento que era exigible según un modelo socialmente

admitido y, en definitiva, con la diligencia con la que ha de actuar el sujeto ignorante o equivocado para merecer amparo del ordenamiento». Recoge dicha doctrina en nuestra jurisprudencia menor, entre otras, la SAP de Tenerife de 9 de diciembre de 2011 y la SAP de Alicante (9.^a) de 22 de diciembre de 2017 señalando, esta última, además, con base en el principio «*quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*» (D. 50.17.203) que «no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido».

³³ STS de 19 de mayo de 2015. Doctrina reiterada en STS de 8 de octubre de 2014; STS de 12 de enero de 2015 y recogida por nuestra jurisprudencia menor en SAP de Teruel (1.^a) de 26 de marzo de 2019; SAP de Las Palmas (4.^a) de 26 de mayo de 2016; SAP de Cáceres (1.^a) de 28 de septiembre de 2018; SAP de Alicante (9.^a) de 12 de septiembre de 2016; SAP de Ceuta (6.^a) de 30 de mayo de 2019; SAP de Pontevedra (6.^a) de 29 de marzo de 2019; SAP de Les Illes Balears (3.^a) de 19 de febrero de 2019; SAP de Barcelona (9.^a) de 20 de diciembre de 2018; SAP de Pontevedra (6.^a) de 29 de octubre de 2018; SAP de Cáceres (1.^a) de 28 de septiembre de 2018; SAP de Valencia (7.^a) de 12 de septiembre de 2018; SAP de Valladolid (3.^a) de 21 de mayo de 2018; SAP de Valladolid (3.^a) de 18 de mayo de 2018; SAP de Madrid (21.^a) de 7 de marzo de 2018; SAP de Madrid (28.^a) de 23 de febrero de 2018; SAP de Ciudad Real (2.^a) de 12 de febrero de 2018; SAP de Toledo (1.^a) de 10 de enero de 2018; SAP de Albacete (1.^a) de 20 de diciembre de 2017; SAP de Barcelona (19.^a) de 3 de octubre de 2017; SAP de Cádiz (2.^a) de 6 de septiembre de 2017; SAP de Las Palmas (5.^a) de 27 de junio de 2017; SAP de Alicante (9.^a) de 16 de mayo de 2017; SAP de Salamanca (1.^a) de 4 de abril de 2017; SAP de Almería (1.^a) de 8 de marzo de 2017; SAP de Les Illes Balears (5.^a) de 7 de febrero de 2017; SAP de Alicante (9.^a) de 20 de enero de 2017; SAP de Asturias (4.^a) de 11 de enero de 2017; SAP de Barcelona (16.^a) de 21 de diciembre de 2016; SAP de Alicante (9.^a) de 7 de octubre de 2016; SAP de Alicante (9.^a) de 12 de septiembre de 2016; SAP de Álava (1.^a) de 27 de julio de 2016; SAP de Alicante (9.^a) de 7 de julio de 2016; SAP de Ciudad Real (1.^a) de 28 de junio de 2016; SAP de Las Palmas (4.^a) de 26 de mayo de 2016; SAP de Alicante (9.^a) de 20 de mayo de 2016; SAP de Les Illes Balears (5.^a) de 22 de abril de 2016; SAP de Madrid (11.^a) de 28 de marzo de 2016; SAP de Les Illes Balears (5.^a) de 2 de marzo de 2016; SAP de Tenerife (4.^a) de 23 de febrero de 2016; SAP de Burgos (3.^a) de 29 de diciembre de 2015; SAP de Toledo (1.^a) de 22 de diciembre de 2015; SAP de Alicante (9.^a) de 10 de diciembre de 2015; SAP de Tenerife (3.^a) de 6 de octubre de 2015; SAP de Madrid (12.^a) de 23 de julio de 2015; SAP de Barcelona (13.^a) de 9 de julio de 2015; SAP de Barcelona (16.^a) de 04 de mayo de 2015; SAP de Alicante (9.^a) de 31 de marzo de 2015.

³⁴ Así, la STS de 12 de enero de 2015 considera que la buena fe queda desvirtuada cuando existe «una situación posesoria clara y manifiesta que se ejerce en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito» y la STS de 7 de septiembre de 2007, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimaba la demanda porque la demandada poseía y habitaba la finca antes de la compra, finca litigiosa que estaba segregada por un cierre metálico, por lo que «debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca “in situ” y la averiguación de la condición o del concepto en que se encontraba habitando la misma la demandada y su familia desarrollando una actividad ganadera en la misma», ya que «el Tribunal Supremo ha aludido a la existencia de un deber moral de averiguación en el que adquiere de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, a cuyo cumplimiento se atribuye transcendencia en materia de apreciación de buena fe».

³⁵ En parecido sentido, la STS de 8 de marzo de 2001 niega al tercero la buena fe porque «ante una casa habitada que había sido objeto de complicados avatares jurídicos, el adquirente sabía o podía saber con solo acudir a la misma, que había persona que era propietario por adquisición anterior, pese a la titularidad formal del Registro».

³⁶ Es decir, el titular registral (A), mientras B no inscriba, puede volver a disponer, aunque, obviamente, violaría la obligación personal de no disponer (MÉNDEZ, 2017-1: 83). Dicha violación por A de la obligación personal de no disponer dará lugar a acciones penales —por estafa...— o civiles —acción personal de indemnización de B frente a A— pero no impide la transmisión del bien de A a C.

³⁷ Ello significa que, según MÉNDEZ, el supuesto considerado usualmente como de adquisición *a non domino* protegida por el artículo 34 LH —el del segundo adquirente de un titular registral que inscribe y queda protegido por dicho precepto, frente a un primer adquirente que no inscribió— no sería tal. En efecto, el segundo sería un adquirente *a domino* porque adquirió de quien conservaba el *ius disponendi*, aun cuando pesara sobre el tradens la obligación —protegida, por tanto, solo con una regla de responsabilidad— de no disponer (MÉNDEZ, 2017-1: 87) y los únicos supuesto de adquisición *a non domino* serían aquellos otros en los que el sistema registral, como tal, falla como sucede v.gr.: cuando el notario no detecta una suplantación de identidad por parte de un compareciente que se hace pasar por el titular registral, autoriza la escritura y el registrador, no encontrando defecto alguno, inscribe o el Registro no detecta la falsificación de un título (MÉNDEZ, 2017-1: 88; 2017-2: 603; 2018: 28) o cometió un error en el tracto sucesivo (MÉNDEZ, 2018: 28).

³⁸ Así, destaca MÉNDEZ como los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso —*cheapest cost avoider*— evitarlos y, con ello, evitar la producción del daño (MÉNDEZ, 2017-1: 80; 2018: 21 y 26). Al primer adquirente le hubiera bastado con inscribir para evitar la aparición de un tercero hipotecario y si no lo hizo él debe asumir los riesgos careciendo de acción frente al segundo adquirente si bien lógicamente conservando acción, penal y civil, frente al *tradens*. «En el contexto propio de una economía de mercado, dice MÉNDEZ, proteger a quien pudo evitar verse privado de su derecho mediante la inscripción a cambio de desproteger a un adquirente del titular registral que inscribe su adquisición, sabiendo que su transmitente había dispuesto a favor de alguien que decidió no inscribir, no significa solo proteger a un negligente, sino proteger a quien parasita el sistema de seguridad del tráfico jurídico castigando a quien se comporta conforme a las exigencias del sistema jurídico inmobiliario, dificultando las transacciones y perjudicando con ello a la inmensa mayoría. La protección, en este caso, del segundo adquirente que inscribe implicaría, simultáneamente, un eficaz estímulo disuasorio para quienes parasitan el sistema y, simultáneamente, para que todo adquirente de un titular registral inscribiera su adquisición y, con ello, contribuyera a dotar de seguridad los derechos y facilitar las transacciones» (MÉNDEZ, 2017-1:103; 2018: 26).

³⁹ Dichos supuestos en que «C» tiene conocimiento de una situación jurídico-real que revela que «A» carecía de *ius disponendi* cuando adquirió negocialmente del mismo se limitan por MÉNDEZ, como ya hemos señalado, a cuando el sistema registral, como tal, falla (es decir a las inscripciones erróneas) como sucede v.gr.: cuando el notario no detecta que el vendedor está suplantando la identidad del titular registral, autoriza la escritura y el registrador, no encontrando defecto alguno, inscribe o cuando el Registro no detecta la falsificación de un título (MÉNDEZ, 2017-1: 88; 2017-2: 603; 2018: 28) o cuando cometió un error en el tracto sucesivo (MÉNDEZ, 2018: 28).

⁴⁰ Se hace eco expresamente de esta discusión doctrinal la SAP de Salamanca (1.^a) de 30 de diciembre de 2004.

⁴¹ Dentro de la doctrina que considera altamente improbable la figura del usucapiente de buena fe contra tabulas unos entienden que, en principio, no puede usucapirse *contra tabulas* de buena fe, pero la admiten, como excepción, cuando «por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapión anterior» (así DE PORCIOLES, 1945: 174; DE LA RICA, 1949: 559-560). Otros autores defienden que, en teoría, puede usucapirse *contra tabulas* de buena fe, pero en su aplicación práctica, en la decisión del caso concreto, dará frecuentemente el resultado de negar la buena fe

por lo que «es difícil pero no jurídicamente imposible el que pueda haber una usucapión ordinaria *contra tabulas*» (así FENOY PICÓN, 2003: 3818-3819).

⁴² AZPIAZU (1946): 737, adhiriéndose expresamente a la tesis expuesta por DE PORCIOLES, señalará, con autocita a un artículo del propio AZPIAZU publicado en 1945 en la *RCDI*, que: «Si lo que consta en el Registro no emana hacia fuera; si los derechos inscritos pueden ser desconocidos tan alegremente, ¿en qué consiste la publicidad registral, ni cuál es su fuerza? ¿No habíamos quedado en que las condiciones inscritas, las causas de nulidad, rescisión o resolución publicadas por el Registro, las cargas inscritas, etc., producirían efectos para todo el mundo? Y qué, ¿es que el dominio publicado por el Registro, siendo el más señero de los derechos reales, no ha de producir sus efectos *erga omnes*?».

⁴³ Señalaba, en efecto, este registrador que respecto de terceros hipotecarios la simple inscripción de la finca a favor de estos durante los 10 años de la usucapión ordinaria implicará que, desde ese momento, deja el poseedor de poseer con buena fe, porque, a tenor del artículo 435 del Código civil, existe un acto, que es la inscripción, que le publica al poseedor y que acredita, como pública que es, que él no ignora que posee desde entonces la finca indebidamente (VILLARES, 1947: 425 y 426). Como decimos dicho argumento de que la inscripción interrumpe la usucapión ha recibido la crítica unánime de la doctrina y así, a título de ejemplo, GARCÍA GARCÍA (2002): 156, señala, con razón, que la inscripción no interrumpe la usucapión que se está produciendo, y es necesario interrumpirla por alguno de los medios legalmente previstos. En el mismo sentido crítico con la tesis de Villares Pico vide GARCÍA VILA (2012).

⁴⁴ Si bien GARCÍA GARCÍA comparte con DE LA RICA este argumento de simetría por contra, frente a este autor, sostiene que «no se trata de calificar en cada caso la buena fe del usucapiente, sino que, siguiendo a AZPIAZU y NÚÑEZ LAGOS, entiende que el artículo 1.949 del Código civil impide que se pueda aplicar la usucapión ordinaria contra el Registro, y esto es así sin más distinguos sobre la buena fe». No obstante, GARCÍA VILA (2012) critica dicho criterio de simetría considerando que «El criterio de la simetría a que hacen referencia DE LA RICA y GARCÍA GARCÍA debiera llevarles, de modo coherente con su posición, a predicar la misma diligencia en el conocimiento de la situación posesoria en el tercero del artículo 34, es decir, predicar de este una buena fe ética, cosa que ninguno de los autores hace».

⁴⁵ Junto a esos dos hipotecaristas también han defendido que el usucapiente *contra tabulas* puede ser de buena fe, entre otros, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (1978): 487-488; MERINO HERNÁNDEZ (2014): *passim*; PETIT SEGURA (1992): 451; ROCA I TRIAS (1979): 58-59; SOLS GARCÍA (1949): 133 n. 20.

⁴⁶ De hecho, SANZ incluye en su análisis del artículo 36 LH la usucapión extraordinaria en curso; la usucapión ordinaria en curso y la usucapión ordinaria y extraordinaria consumada (SANZ, 1947: 548 y sigs.).

⁴⁷ En efecto, para SANZ, el *accipiens* siempre habrá tenido motivos suficientes para conocer la situación posesoria del inmueble. Y así, «si tomamos como tipo de diligencia la de un buen padre de familia, agravada, en principio, por tratarse de un supuesto de culpa lata, es evidente que dentro de este tipo de diligencia entrará necesariamente, en todo posible comprador de una finca, el reconocimiento y examen previo del estado físico de la misma, de su situación fiscal y de su administración y de toda la documentación referente a la misma, que difícilmente podrá suministrar por completo quien no la posea como dueño. En estas operaciones habrá de saber necesariamente, el que piense adquirirla, que la finca es poseída por otro que actúa como tal, a menos que exista mala fe por parte de este, supuesto poco probable. Si no cumple estas medidas previsoras habrá, evidentemente, culpa lata» Y, de todo ello, deduce que: «normalmente perjudicará al tercero la prescripción por haber tenido motivos suficientes para conocer la existencia de la misma» (SANZ, 1947: 552). Esta teoría ha sido justamente criticada por RODRÍGUEZ OTERO (1999): 25, porque «exige, indiscriminadamente —exista o

no un poseedor—, un examen riguroso de todas las circunstancias posibles: Registro, titulación o documentación, situación fiscal, catastro o amillaramiento, etc. Y esto no solo en los supuestos del artículo 36, sino en todos, pues ¿quién es el que sabe, a priori, por la consulta del Registro y por el examen físico de la finca, que otro la ha usucapido o no, o que la está poseyendo *ad usucapiómem?*».

⁴⁸ La teoría realista de la usucapión *contra tabulas* da primacía a la realidad jurídica frente a la apariencia registral, mientras que la teoría registralista da primacía a la apariencia registral frente a la realidad jurídica. Aquella da primacía a la postura jurídica del Tío Celedonio; esta —la registralista— descansa en el triunfo del Derecho civil en las relaciones entre usucapiente y titular registral y en la supremacía del Derecho hipotecario en las relaciones entre el usucapiente y tercero (BÉRGAMO 1946: 284-287).

⁴⁹ BÉRGAMO LLABRÉS (1946): 287 y sigs. describía al Tío Celedonio y la realidad social española de 1945 con un alegato romántico y sentimental en favor de la postura jurídica del usucapiente señalando como, frente a la fría construcción doctrinal que hace primar la apariencia registral sobre la realidad jurídica, «se levantan hechos tan notorios e innegables como la situación de extensas zonas del territorio nacional, divorciadas casi en absoluto, por desgracia, del Registro [...]». Y, sobre todo, se levanta la realidad del usucapiente español, personificada por dos miembros de la Comisión redactora del proyecto de ley de Reforma hipotecaria —los notarios señores Sanz y Noguera—, en la sugestiva figura del tío Celedonio. El tío Celedonio —tipo de *homo bonus et diligens*, colilla en los labios y garrote en la mano— es un técnico en sequías y cosechas, pero desconoce las excelcitudes de la posesión tabular. Confiado en la razón de su trabajo, en la santidad del legado de sus mayores y en los dictados de la opinión pública, no se preocupa de iniciarse en los secretos de una *ars hypothecaria*, que, por insondable, le infunde recelos. Se siente labrador, no personaje de un drama jurídico. Se siente usucapiente, no *prescribens adversus tabulas*.

⁵⁰ La expresión se debe a NÚÑEZ LAGOS: «Don Jerónimo» en GONZÁLEZ MARTÍNEZ (1948): 10: «Mientras tanto, al tercero no se le protege si es *homo sapiens* y solo alcanza la inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un *asylum ignorantiae*» cit. por GORDILLO (2006-1: 2366 n. 55).

⁵¹ Así, este autor adopta una concepción ética de la buena fe siguiendo, según manifiesta, a DE LA RICA que señaló en 1949 ob. cit. 543 que: «para gozar de la protección de un sistema como el nuestro, tan influenciado por el factor ético de la buena fe, el titular inscrito no necesita ser ni un *homo ignorans* ni un *homo sapiens*: le basta ser un ciudadano corriente que haya creído honradamente al negociar sobre inmuebles y derechos reales que el Registro expresaba la verdad. Nada más, y nada menos, que eso».

⁵² También ÁLVAREZ CAPEROCHIPI en la 1.ª ed. de su obra *Derecho inmobiliario registral* (1986: 140) señala, con cita de la STS de 17 de diciembre de 1984, que quien «invoque la protección tabular debe tener una diligencia mínima en la formación del estado cognoscitivo y no debe prescindir de un deber moral de averiguación», llegando a señalar el mismo autor en la 3.ª edición de dicha obra (2010: 84) como la jurisprudencia exige al tercero hipotecario una buena fe activa, es decir, «que haya agotado los medios ordinarios de investigación de la titularidad del transmitente y la verosimilitud de una realidad objetiva, que impida la utilización del Registro como instrumento defraudatorio». BLASCO (2019): 152 alude, también, a «una diligencia mínima» ya que ««no basta con que «no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». Si así fuera, las situaciones de duda, en las que permaneciera el adquirente, estarían amparadas por la presunción de buena fe, cuando esta exige salir precisamente de tales situaciones dubitativas. Por tanto, para ampararse en la presunción de buena fe es preciso desplegar una diligencia mínima en orden a verificar la concordancia entre el contenido del Registro y la realidad jurídica».

⁵³ Prudencia que debe extremarse porque, como expresó DE LA RICA: «el requisito de la buena fe, en los sistemas de inscripción, es patentemente un arma de doble filo, que ha de manejarse con exquisito tacto. Un paso de más reduce el valor de los asientos

a una simple formalidad; que no vale la pena, y un paso de menos puede convertir al Registro en el auténtico burladero, que celestinee al fraude» (GORDILLO, 2006-1: 2376).

⁵⁴ Dicha posición tiene apoyo en la jurisprudencia porque señala la STS de 18 de febrero de 2005: «Un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (S. 7 de diciembre de 2004)».

⁵⁵ Dentro de los autores que exigen una especial diligencia en el tercero adquirente podemos también señalar a ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010): 477, a Díez Pícazo (1995): 346, quien destaca que la buena fe no es tanto el desconocimiento, cuanto el comportamiento honesto o leal no actuando diligentemente el tercero adquirente que no ha inspeccionado la finca; y a VALLET (1973) 364 y 365, que señalará que: «La posesión por otra persona es un hecho que tiene que herir forzosamente los sentidos. Todo adquirente normalmente cuidadoso debe enterarse, y en la vida corriente así ocurre, del estado de hecho de la finca que adquiere, y, por tanto, si lo desconoce, es solo debido a su desidia, y como no ha obrado con la debida diligencia, no puede considerársele de buena fe». Entre los canonistas se ha discutido si la duda del usucapiente equivale a buena o mala fe: a favor de lo primero la Glosa, San Agustín y el Panormitano; a favor de lo segundo, siempre que se dude «no con un ligero escrúpulo sino con una creencia probable» DOMINGO DE SOTO (1967): 326.

⁵⁶ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ OTERO (1999): 25.

⁵⁷ En contra, señala ALBALADEJO (2005): 249 que no ve «por qué va a tener que tomarse en cuenta solo la negligencia crasa e inexcusable de un hombre abandonado, y no la que «exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar (CC art. 1104)».

⁵⁸ Con razón sigue señalando este autor que la teoría realista de Sanz y Bérnago que interpretan la expresión «medios racionales y motivos suficientes» en el sentido de que «siempre existirán» conduce a la *reductio ad absurdum*, al dejar en letra muerta el artículo 36 a. LH (GARCÍA GARCÍA, 2002: 140).

⁵⁹ Se adhiere a este argumento de proximidad ALBALADEJO (2005): 249 y 250, señalando que no es lo mismo que adquiera un colindante o vecino próximo que «una persona o sociedad distante que no ha tenido ocasión de conocer los datos o pormenores de la usucapación ni puede exigírsele que los tenga que conocer, pues la usucapación no es ninguna institución oficial de publicidad como es el Registro de la Propiedad, sino una institución excepcional de interpretación restrictiva y odiosa».

⁶⁰ Entre otras, RDGRN de 18 de noviembre de 2005 («BOE» de 10 de enero de 2006); RDGRN de 27 de febrero de 2006 («BOE» de 10 de abril de 2006); RDGRN de 25 de noviembre de 2006 («BOE» de 21 de diciembre de 2006); RDGRN de 19 de abril de 2010 («BOE» núm. 138, de 7 de junio de 2010).

⁶¹ Entre otras, STS de 5 de julio de 1985; STS de 22 de septiembre de 1984 y las allí citadas; STS de 23 de junio de 1998 y las allí citadas.

⁶² STS de 4 de marzo de 1988, FD 10. Doctrina recogida, entre otras, posteriormente por STS de 26 de enero de 2000 y SAP de Madrid (9.ª) de 24 de mayo de 2012.

⁶³ Añade dicha sentencia que: «La buena fe no solo significa —requiere— el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (SS., entre otras, 14 de febrero de 2000; 8 de marzo de 2001; 7 de diciembre de 2004 —no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido—). Un fundado estado de duda en el adquirente, sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (S. 7 de diciembre de 2004, que cita la de 14 de junio de 1988)». Doctrina recogida, entre otras, por la SAP de Guadalajara (1.ª) de 24 de octubre de 2006.

⁶⁴ Así, p.e. amparan al titular registral frente al usucapiente *contra tabulas*, entre otras, las siguientes resoluciones: la STS de 21 de julio de 2006 porque en el caso enjuiciado el

titular registral (que había adquirido el inmueble por cesión de remate tras una subasta judicial) reunía todos los requisitos del artículo 34 y 36 LH y no conoció ni tuvo medios racionales de conocer el derecho del usucapiente; la STS de 21 de enero de 2014 que rechaza la usucapión *contra tabulas* porque aunque el tercero hipotecario conocía que el usucapiente poseía la finca pensaba, porque así constaba en el contrato de compraventa, que lo hacía en concepto de arrendatario y no en concepto de dueño; la SAP de Barcelona (11.^a) de 7 de julio de 2009 que rechaza la usucapión *contra tabulas* porque el tercero ni tuvo medios racionales de conocer el derecho del usucapiente ni consintió expresa o tácitamente tal posesión; la SAP de Barcelona (4.^a) de 30 de diciembre de 2009 que rechaza la usucapión *contra tabulas* porque no habían poseído en concepto de dueño durante 30 años; la SAP de Madrid (21.^a) de 16 de octubre de 2001 que niega la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el usucapiente no poseía de buena fe y niega la usucapión extraordinaria porque la posesión no fue en concepto de dueño; la SAP de Madrid (10.^a) de 1 de marzo de 2003 que niega la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el usucapiente no poseía de buena fe ni con justo título y niega la usucapión extraordinaria *contra tabulas* porque la posesión no fue en concepto de dueño; la SAP de Madrid (12.^a) de 6 de junio de 2013 que rechaza la usucapión ordinaria *contra tabulas* porque la posesión no fue en concepto de dueño y por faltar el requisito de justo título; la SAP de Madrid (25.^a) de 03 de enero de 2013 que rechaza, en el caso enjuiciado, la usucapión ordinaria y extraordinaria *contra tabulas* porque falta «la prueba de la posesión en concepto de dueño por actos de ejercicio ininterrumpido y pacífico de la posesión»; la SAP de Salamanca (1.^a) de 30 de diciembre de 2004 que niega una usucapión extraordinaria *contra tabulas* ya consumada cuando el tercero hipotecario adquirió la finca por subasta pública porque no quedó acreditado que el adquirente tuviera conocimiento efectivo ni medios racionales ni motivos suficientes para deber o tener que conocer la situación de posesión en concepto de dueño que desde hacía más de treinta años venían haciendo las usucapiencias.

⁶⁵ Así, p.e. amparan al usucapiente *contra tabulas* frente al titular registral, entre otras, la STS de 22 de septiembre de 1984 si bien en un caso de usucapión extraordinaria en el que el tercero conocía la inexactitud registral y el hecho posesorio extratabular; la STS de 30 de noviembre de 1991 que admite la usucapión *contra tabulas* ordinaria porque el tercero adquirente conoció o tuvo medios racionales para conocer que el bien estaba poseído y a título de dueño por persona distinta de su transmitente sin realizar acto interruptivo durante más de 10 años; la STS de 30 de octubre de 1998 que destaca que, dada la notoriedad de la posesión a título de dueño del usucapiente, el tercero no puede alegar ignorancia sobre todo cuando este consintió dicha posesión durante más de 1 año desde su adquisición; la STS de 23 de junio de 1998 que admite la usucapión *contra tabulas* ordinaria de un derecho de vuelo por los propietarios del suelo porque el dueño y titular registral del vuelo conocía la posesión a título de dueño del vuelo por los propietarios del suelo; la STS de 23 de abril de 2012 que admite una usucapión ordinaria *contra tabulas* porque el *accipiens*, titular registral, conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión del usucapiente y ello no solo porque aquel residía en el lugar donde se hallaba la finca usucapida, sino también porque el titular registral adquirió precisamente constante un pleito de sus transmitentes contra los usucapiencias en reivindicación de las fincas, razones, ambas, por las que es difícil aceptar que no conociera ni hubiera podido conocer fácilmente la posesión del usucapiente, etc.

⁶⁶ Añade este autor además en contra de la usucapión ordinaria *contra tabulas* que las normas deben interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3 CC) por lo que no cabe seguir interpretaciones de épocas en las que más del 60% de la propiedad inmobiliaria no estaba registrada cuando actualmente lo está más del 80% (GARCÍA GARCÍA, 2002: 133).

⁶⁷ La cuestión en efecto tiene reflejos literarios. Así en la obra *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Cap. XXIII puede leerse este dialogo entre D. Quijote y Sancho ante el hallazgo de «un buen montoncito de escudos de oro», en un «pañizuelo»: «Y

vente ahora tras de mí poco a poco [...] quizá toparemos con aquel hombre que vimos, el cual, sin duda alguna, no es otro que el dueño de nuestro hallazgo. A lo que Sancho respondió: —Harto mejor sería no buscallo; porque si le hallamos y acaso fuere el dueño del dinero, claro está que lo tengo que restituir; y así fuera mejor, sin hacer esta inútil diligencia, poseerlo yo con buena fe, hasta que por otra vía menos curiosa y diligente pareciese su verdadero señor; y quizá fuera a tiempo que lo hubiese gastado, y entonces el Rey me hacía franco. —Engañaste en eso, Sancho —respondió Don Quijote—; que ya que hemos caído en sospecha de quién es el dueño cuasi delante, estamos obligados a buscarle y volvérselos; y cuando no le buscásemos, la vehemente sospecha que tenemos de que él lo sea nos pone ya en tanta culpa como si lo fuese. Así que, Sancho amigo, no te dé pena el buscallo, por la que a mí se me quitará si le hallo».

⁶⁸ DE LA RICA (1949): 557-558; GARCÍA GARCÍA (2002): 132-133. Así, añade DE LA RICA (1949): 557-558, que si al titular inscrito, para considerarle de buena fe y ser mantenido en su adquisición, se le exige una buena fe pluscuamperfecta, esto es, que ignore el hecho posesorio ajeno y que no haya habido motivos suficientes o causas racionales para poder conocerlo, al usucapiente también debe exigirse, por lo menos, la diligencia de un buen padre de familia, o sea, conocer el estado registral de la finca adquirida, y si lo ignora voluntariamente o si lo conoce y el Registro le advierte el dominio inscrito ajeno, tampoco deberá ser reputado poseedor de buena fe.

⁶⁹ La expresión «*tío usurpador*» se debe a GARCÍA GARCÍA (2002): 129. En todo caso, comparto con GALLEGÓ DEL CAMPO (2004): 2655, la apreciación de que en la confrontación entre prescripción y Registro «subyace, además, un problema ético: el enfrentamiento entre un titular tabular que accede al Registro cumpliendo todos los presupuestos de legalidad, y un usucapiente que aspira a adquirir el dominio a través de actos usurpatorios o que, en el mejor de los casos, dispone únicamente de un título de validez claudicante».

⁷⁰ Con la expresión «*tío Celedonio*» se refería la doctrina de mediados del siglo pasado al agricultor sin título inscrito y escasos conocimientos jurídicos o en palabras un poco crueles de BÉRGAMO LLABRÉS (1946: 287): «tipo de *homo bonus et diligens*, colilla en los labios y garrote en la mano— (que) es un técnico en sequías y cosechas, pero desconoce las excelsitudes de la posesión tabular». DE PORCIOLES (1945: 188) lo representa «con su clásico atuendo de labrador atento a sus cosas, afanoso por sus tierras, pero completamente divorciado de Notarías y Registros y sin más preocupación burocrática que la de pagar o quizá mejor, no pagar las cargas fiscales». Así pues, con dicha expresión se referían los legisladores de 1944 y la doctrina de mediados de los años 50 del siglo pasado (p.e. por NÚÑEZ LAGOS (1945): 18; BÉRGAMO LLABRÉS (1946): 287; DE PORCIOLES (1945): 188) al agricultor sin título inscrito que en la mayoría de los casos sería el futuro usucapiente *contra tabulas* frente a un «distillo» que había inscrito su título. *Vide* más ampliamente sobre dicho «tío Celedonio» GARCÍA VILA (2012) que destaca como «la doctrina moderna (p.e. GARCÍA GARCÍA) pone en cuestión la figura del “tío Celedonio” señalando que es una ofensa al moderno agricultor».

⁷¹ Como señala GARCÍA GARCÍA (2002): 128 y 129 en las zonas rurales actualmente el tío Celedonio es más bien un invasor o perturbador de propiedades abandonadas de propietarios ausentes y no un representante del nivel medio del hombre del campo y en las ciudades, en las que la práctica totalidad de las fincas figuran inscritas en el Registro, el Tío Celedonio ya no existe.

⁷² DE PORCIOLES (1945): 188 describía en forma gráfica al usucapiente como un personaje «sin más preocupación burocrática que la de pagar o quizá mejor, no pagar las cargas fiscales». En todo caso, entiendo con GALLEGÓ DEL CAMPO (2004): 2702-2703, que, en principio, no puede poseer a título de dueño el usucapiente que incumple sus obligaciones fiscales con relación al inmueble consintiendo que sea el titular registral quien los abone y ello porque, como señala este autor, el derecho de propiedad, desde

una visual constitucional, tiene una función social que forma parte del contenido esencial del dominio y se configura y protege como un haz de facultades, pero también como un conjunto de derechos y obligaciones que forman parte del estatuto de la propiedad y su estructura interna, obligaciones entre las que se encuentran la satisfacción de las obligaciones fiscales.

⁷³ Pensemos en fondos de inversión inmobiliaria que compren consultando el Registro pero sin ver la finca, pero también en otro grupo de personas que compren legítimamente sin conocer la situación posesoria de la finca como son aquellos que bajo el ambiente de especulación, compran «en forma más o menos expedita, dado el apremio que provoca el alza posible, el negocio en perspectiva, el valor que se atribuye a la economía de tiempo, y la confianza en el Registro, pues para esto, o sea, para facilitar las transacciones inmobiliarias, fue creada esta institución, aparte de la fe que le puede inspirar la persona del vendedor, fortalecida por el temor que inspira el Código penal» (ROCA SASTRE, 2008: 456).

⁷⁴ Así, sigue destacando ARRUÑADA, que el Registro «al asegurar la propiedad, da a los propietarios confianza para invertir, pues ya no necesitan gastar recursos en proteger la posesión de sus bienes y hacer valer sus derechos», «al clarificar quién ostenta los diversos derechos sobre cada propiedad, elimina las asimetrías o desigualdades informativas que causan costes de transacción al contratarlos» y «al definir quién es el propietario de cada inmueble y qué cargas lo gravan, hace posible que los inmuebles se usen como garantía, lo que elimina el riesgo de insolvencia y abarata el crédito».

⁷⁵ Destaca MÉNDEZ GONZÁLEZ como la fe pública registral no se limita ni se reduce, como se pretende reducir por la concepción doctrinal y jurisprudencial dominante (MÉNDEZ, 2017-1: 17 y sigs.; 21 y sigs., 33-34), a legitimar, en ciertos casos de doble disposición y en aras de la protección de los asientos registrales y de la seguridad del tráfico jurídico, adquisiciones *a non domino*, sino que se extiende también a otras funciones en los supuestos ordinarios de ausencia de doble disposición como serían: suministrar al mercado un legítimo para disponer (MÉNDEZ, 2017-1: 35-40); generar abstracción registral —o inoponibilidad de excepciones *ex iure tertii*— en un sistema causal (MÉNDEZ, 2017-1: 40-49); invertir las reglas de protección de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe (MÉNDEZ, 2017-1: 49-51), y supone el reconocimiento por el Estado de una titularidad *in rem* a favor del adquirente (MÉNDEZ, 2017-1: 51-61). Además, como consecuencia de las funciones referidas, la fe pública registral produciría los siguientes efectos: ahorrar a los adquirentes potenciales costes de información y, por tanto, de transacción; permitir superar el dilema entre seguridad de los derechos y seguridad del tráfico jurídico, haciendo que los derechos sean, simultáneamente, más seguros y más fácilmente transmisibles; coadyuvar a la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas y disminuir incertidumbres para el adquirente y, en consecuencia, aumentar el valor de los bienes (MÉNDEZ, 2017-1: 34-67, 11-12, 17 *et passim*). Como es obvio, añadimos, todos esos beneficios de la fe pública se frustrarían si, en lugar de a los asientos registrales, tuviéramos que atender a posesiones extratabulares en las que el usucapiente prefiere olvidar que existe el Registro de la Propiedad obrando de espaldas a él como si dicha institución no existiese. Es más, como destaca MÉNDEZ, las exigencias y plazos de la usucapión son incompatibles con la dinámica y exigencias propia de una economía de mercado (MÉNDEZ, 2017-1: 12, 20-21, 37, 60) siendo «conceptualmente contrasistemática» (MÉNDEZ, 2017-1: 112; 2018: 33) porque en una economía de mercado, que implica una contratación impersonal, es preciso conocer con seguridad la identidad de los legitimados para disponer y las cargas que pesan sobre los inmuebles y es preciso conocer con certeza las consecuencias, o ausencia de consecuencias, derivadas de las causas de ineficacia de los actos y contratos anteriores relativos al mismo bien eliminando, al menor coste posible, incertidumbres sobre las titularidades, cargas y vicios de anteriores negocios precedentes sobre el mismo bien (MÉNDEZ, 2017-1: 20 y 25-28). Y esa seguridad y certeza solo la puede proporcionar la fe pública registral

en la concepción amplia que defiende este autor, a la que nos adherimos, y los asientos del Registro; no los usucapientes *contra tabulas* que solo introducen incertidumbres en el sistema para adquirentes, propietarios y acreedores por lo que, también en esa misma medida, encarecen la contratación y el crédito hipotecario (MÉNDEZ, 2017-1: 66).

⁷⁶ Así, señalará este autor que: «resulta una manifiesta inmoralidad que un titular conserve la propiedad a pesar de su continuada renuncia al goce del bien. Así, mientras unos muchos se mueren de hambre (y aunque parezca increíble, en pleno siglo XXI, todavía millones de seres humanos simplemente mueren por esa causa terrible e inicua [...]), otros pocos quieren “mantener el dominio” a pesar de que no les interesa su uso, y probablemente estén más dedicados a seguir con la acumulación de riquezas».

⁷⁷ Así, considera este autor en posición criticable que en un mundo sin usucapión tendrían lugar «gravísimos efectos sociales y económicos, pues muchos ciudadanos quedarían imposibilitados de acceder al dominio a pesar de contar con una posesión largamente consolidada; y ante ello no habría fórmula alguna que permita titularlos. La propiedad quedaría absorbida en pocas manos y no habría distribución de la riqueza; único mecanismo para que la sociedad organizada a través de un Estado sea viable. En efecto, si la inmensa mayoría no tiene nada, entonces tampoco tiene motivación para defender ese orden social, y más bien los disturbios y revoluciones se vuelven cosa común con grave peligro para la estabilidad» (GONZALES BARRÓN, 2012: 3).

⁷⁸ Miguel DE CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Cap. XXIII («De lo que le aconteció al famoso don Quijote en Sierra Morena, que fue una de las más raras aventuras que en esta verdadera historia se cuenta»). En el fondo, añadimos, recuerda lo que en el ámbito penal se denomina, «ignorancia deliberada» (willful blindness) recogida, entre otras, por la STS —Sala 2.ª— de 2 de diciembre de 2009 que señala que en determinados delitos como el blanqueo de capitales «*existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas*».

⁷⁹ Expresiones que recoge GORDILLO de NÚÑEZ LAGOS que señalaba que: «La protección del tercero en el artículo 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la Ley (se refiere al originario artículo 34 que no recogía expresamente este requisito) se invocaba la exposición de motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo...» [NÚÑEZ LAGOS, en «Don Jerónimo», *ob. cit.* 10 cit. por GORDILLO, 2006-1.: 2353 n. 9].

⁸⁰ Como afirmaba DE LA RICA (1949): 541, «Aunque la buena fe no constituya un principio hipotecario, que en verdad no lo es, sino un presupuesto de toda protección legal [...] nadie niega que las inmunidades y beneficios de la institución no pueden alcanzar ni dispensarse a la mala fe conocida o demostrada, fraudes, estafas, dolos y cualesquiera maquinaciones insidiosas no deben hallar derecho de asilo en los libros y folios registrales».

⁸¹ Destaca dicha evolución que media entre la promulgación del Código civil (1889) y de la LH (1946) MÉNDEZ GONZÁLEZ, evolución que en su opinión debería llevar, con relación a la propiedad inscrita, a una prevalencia de la LH sobre el del Código civil y a interpretar este Código desde la perspectiva de aquella Ley y no viceversa (2017-1: 12, 16, 24 *et passim*), al señalar como: «mientras el del Código civil responde a las necesidades propias de una economía prevalentemente agraria, en la que predomina la contratación personal, de ámbito más reducido, menor frecuencia contractual, menores asimetrías informativas, menores incertidumbres, y, por lo tanto, menor necesidad de solventarlas, la LH, sin embargo, responde a las necesidades propias del desarrollo de los mercados hipotecario e inmobiliario en una sociedad que, en el momento de su promulgación, evolucionaba hacia la economía de mercado, caracterizada por la contratación impersonal, que, a su vez, presenta como rasgos distintivos, un ámbito más amplio, mayor frecuencia contractual, mayores asimetrías informativas, y, por lo tanto, mayores incertidumbres, las cuales generan una mayor necesidad de ser despejadas para que la contratación sea posible. Y eso es, precisamente, lo que hace la LH, especialmente mediante la introducción

de la denominada fe pública registral. De ahí que el Código civil remita a la misma para imponer su prevalencia en materia inmobiliaria» (MÉNDEZ, 2017-1: 12-13; insiste en dicha idea en 23-24, 72-73 *et passim*).

⁸² Como señala la SAP de Las Palmas (4.ª) de 18 de marzo de 2014 «De la prueba practicada no puede concluirse que el Banco actuara de mala fe. El recurrente posee diversos servicios pero no para conocer la situación de las fincas, pues para ello y dotar de seguridad al tráfico jurídico, se creó el Registro de la Propiedad».

⁸³ Como resalta MÉNDEZ el Código civil, en su regulación, parece estar pensando en una contratación intragupal, que es predominantemente personal, es decir entre conocidos, mientras que la LH trata de dar respuesta a las necesidades propias de una sociedad en busca de la modernidad, sociedad en la que rige la libertad de comercio, la economía de mercado y su característica inevitable: la contratación impersonal (MÉNDEZ, 2017-1: 25, 73 *et passim*) no debiendo olvidar que «en nuestra sociedad, los ámbitos en los que rige la economía de mercado, caracterizada por la contratación impersonal y sus incertidumbres inherentes, constituyen la regla y no la excepción» (MÉNDEZ, 2017-1: 29).

⁸⁴ Señalaba DE PORCIOLES (1945): 188 y 189, que en la Comisión para la reforma de 1944-1946, al afrontar la usucapión *contra tabulas* existió «una recíproca transacción aprobada por unanimidad» entre quienes sostenían que a la vista de «la situación especial de nuestro agro, el nivel cultural y hábitos jurídicos en grandes zonas del territorio nacional, la prescripción *contra tabulas* debía ser reconocida en todo caso, salvo en los derechos espiritualizados, como la hipoteca» y quienes sostenían «que la prescripción contra el Registro, no podía perjudicar a terceros».

⁸⁵ Señala GALLEGU DEL CAMPO (2004): 2707-2708 que: «El artículo 36 LH consagra la prevalencia de los intereses del usucapiente sobre los pronunciamientos del Registro, de un modo que resulta hoy incompatible con la realidad económica del país: internacionalización de la economía, mercado desarrollado y dinámico, preeminencia de la propiedad urbana e industrial, ingreso de la actividad agrícola en los circuitos del capitalismo moderno, demanda de seguridad jurídica formal, penetración del sistema registral en la conciencia jurídica del país, disminución del peso del sector agrario, proceso irreversible de urbanización... Por el contrario, en materia de usucapión, la ley de reforma de 1944-46 asienta sus bases ideológicas en un ruralismo castizo [se refiere a la figura ya examinada del Tío Celedonio] y en una visión estática y conservadora del acontecer económico».

⁸⁶ Señalaba VALLET (1973): 334, con cita de PELAYO HORE que en la propiedad inmobiliaria: «parece mejor proteger lo estático, aunque sea a riesgo de lo dinámico. El que se decide a comprar o a constituir un derecho real es un ser que rompe la inercia del orden establecido, es un hombre que se embarca en una aventura que, como todas, tiene sus riesgos, y es justo que si los riesgos se producen, sea quien los soporte el mismo aventurero que los buscó; en cambio, el propietario actual, que no piensa vender ni hipotecar, es un hombre que rehúye todo peligro, que aborrece la aventura, y parece natural que la ley proteja, hasta sus últimas consecuencias, esa situación estable y consolidada». Lo mismo, entiendo, cabría decir del usucapiente *contra tabulas*: es un personaje que quiere romper la inercia del orden registral establecido y se embarca en una aventura (la de poseer extratabularmente por razones, en muchos casos, ilegítimas) que, como todas, tiene sus riesgos por lo que es justo que si los riesgos se producen los soporte el mismo aventurero que los buscó.

⁸⁷ Así p.e. elogiaba NÚÑEZ LAGOS (1945): 17-18 el artículo 36 LH señalando que contiene «una flexible fórmula armónica» y «una maravilla de ponderación y armonía».

⁸⁸ Así, señala RODRÍGUEZ OTERO (1999): 27, recogiendo un argumento de SANZ FERNÁNDEZ que la expresión «prescripción consumada» constituye un barbarismo o un vulgarismo jurídico, porque analizada la prescripción, «existe en ella una causa—la posesión de hecho—, que, con ciertos requisitos —buena fe y justo título—, o sin ellos, y continuada por más o menos tiempo, según existan o no estos requisitos, produce un resultado: la usucapión. En tanto no se ha llegado a este resultado existe simplemente