

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIX

Marzo 1953

Núm. 298

Los principios hipotecarios y la legitimación registral (*)

CAPITULO II

La mención de derechos reales susceptibles de inscripción especial y separada

La importancia de la cuestión a examinar en este capítulo se centra en determinar la situación del titular del derecho real mencionado en el Registro, en caso de transmisión de la finca a favor de un tercero hipotecario, así como en fijar los efectos que la existencia del derecho mencionado podrá producir respecto a este último, en su caso. Cuando relacionamos la legislación vigente con la anterior a 1944, observamos el tránsito hacia un criterio radicalmente aboli-

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

(**) NOTA DE ERRATAS. En el título del artículo, en el encabezamiento: Dice: Los principios hipotecarios y la legislación registral (página 81). Debe decir: Los principios hipotecarios y la legitimación registral.

Página	Linea	Dice:	Debe decir:
84	24	aproxima	aproximan
86	11	ostensibles	ostensible
89	16	teológico	teleológico
90	20	el Registro inexacto deviene existe exacto e íntegro	el Registro inexacto deviene exacto e íntegro
95	6	o sea en poder de hacer valer	o sea en poder hacer valer
103	16	ver tal autorización que aquellas palabras	ver tal autorización en aque- llas palabras
104	1	se reproduzca el fin	se produzca el fin

tivo de las menciones en general (66) ; no obstante, hemos de observar que, en la realidad, el problema se desborda en dos vertientes contrapuestas :

De un lado, la mención nos muestra un aspecto que la justifica : entonces se exterioriza bajo forma de mención de derechos reales efectivamente existentes en la realidad jurídica (67). Se muestra como un lógico corolario o apéndice de nuestro sistema de inscripción declarativa que, al permitir el nacimiento de los derechos reales fuera del Registro, no puede naturalmente desentenderse, después, de las consecuencias de los actos lícitamente ejecutados en que aquéllos nacieron, al amparo del sistema y con el beneplácito legal, ¿o es que acaso la ley debe abandonar el derecho real en trance de muerte a su propia suerte, permitiendo que sea absorbido en la adquisición realizada por un tercero hipotecario de buena fe, negándole *a priori* el medio que tiene en su mano para conservarle la vida a través de la mención registral? A primera vista podría creerse que la Ley, en materia de menciones de derechos reales susceptibles de inscripción especial y separada, se conduce de modo paralelo a si concediendo toda la protección que la ley efectivamente otorga al *nasciturus* hasta el momento en que tiene lugar su nacimiento, se desentendiese después y a partir de este momento, de cualquier atentado que le privase de la existencia y de la vida. Pero en verdad que no es ésta la realidad de las cosas, desde el momento que la ley establece dos medios generales de salvaguardar los derechos reales constituidos sobre cosa ajena : en primer término, es la propia Ley la que brinda al titular del derecho real el remedio (inscripción) que

(66) No alcanza la presunción legitimadora : d), a los derechos reales que no ingresen en el Registro en forma adecuada a su naturaleza : artículos 29 y 99 de la Ley (¿no será el 98?). La legitimación no se extiende : b), a las menciones, a no ser que constituyan el medio normal de ingresar en el Registro los derechos reales a que se refieran. (SANZ. Obra y, tomo citados, pág. 304). Aunque el artículo 15 hable de que las legítimas *se mencionarán*, esto no es cierto en el sentido de referirse a una mención propiamente dicha. Las legítimas *se inscriben* al modo que se inscriben las afecciones fideicomisarias y demás elementos de trascendencia real integrantes de un acto inscribible (ROCA SASTRE : «Derecho Hipotecario». Tomo II, pág. 672. 1948.)

(67) ...mera referencia expresa que se hace en los asientos de inscripción y anotación, referente al dominio y derechos reales, relacionados en el título, para inscribir otros derechos, y sin perjuicio de su inscripción. Efectivamente, todos los derechos inscribibles son mencionables, con la única excepción de la hipoteca. (FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ : «Derecho Hipotecario», págs. 260 y 263. 1942. Obsérvese que el texto es anterior a las últimas reformas.)

impide que pueda producirse tal estado de cosas, y si dicho titular lo repudia, es cosa natural que haya de atenerse a sus consecuencias (68); en segundo término, la ley sitúa en el título adquisitivo del tercer adquirente el lugar en que el transferente debe hacer constar las cargas, gravámenes y derechos reales que afecten a la finca o derecho real de que se trate, puesto que así resulta expresamente del artículo 175 del Reglamento Notarial y de cuanto dejamos expuesto en el capítulo precedente (69); enterado el tercero hipotecario de la existencia de tales gravámenes y derechos reales, tiene que soportarlos aunque no estén reflejados en forma alguna en el Registro, porque el propio título adquisitivo le da conocimiento de su existencia, le priva del requisito de la buena fe en cuanto a los mismos y se presume que pacta el precio descontando el valor que aquéllos representan (70). No obstante, podrá objetarse que, precisamente, la utilidad de la mención estriba en el supuesto de que el transferente incumpla aquella obligación, dejando de dar conocimiento al tercero de la existencia de aquellos gravámenes y derechos reales, en cuyo caso la preexistente mención registral que se hubiese realizado podría suplir la falta de cumplimiento de aquella obligación. Se objeta que las menciones son contrarias al principio de especialidad; pero también es posible contrarreplicar que, todavía es más contrario al principio, el que efectivamente existan derechos reales de los cuales no haya noticia alguna en el Registro, porque con ello se condena a éste a que necesariamente haya de ser parcial e incompleto, puesto que si bien es cierto que la mención del derecho real normalmente no lo individualizará con todas sus

(68) Agréguese a ello que nada justificaba la protección legal que otorgaban a titulares descuidados o negligentes, los cuales no se preocupaban de salvaguardar su derecho frente a tercero, solicitando su inscripción separada y especial. (IGNACIO DE CASSO ROMERO: «Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad», pág. 477.)

(69) Pero séame lícito insinuar que, en servicio de la buena fe, acaso conviniera preceptuar que, si el titular enajena su derecho real por título oneroso, tendrá obligación de hacer constar en la escritura la existencia de aquella perturbación o despojo. (MANUEL MAYNAR: «Prorrogabilidad de un plazo». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pág. 117. 1948.

(70) El derecho del comprador, aun tratándose de los gravámenes no aparentes, se suprime también en el caso de haber sido mencionados en la escritura. Esto es, en realidad, una redundancia, puesto que, desde el momento en que se les denuncia, son aparentes a los fines con que usa esta palabra el artículo 1.483... el vendedor será responsable de los gravámenes no manifiestos ni mencionados, y dejará de serlo por los en que se den estas condiciones (Q MUCIUS SCAEVOLA: «Código civil», tomo XXIII, página 600.)

características, por lo menos hará que el paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral sea mayor que en el caso de que el Registro guarde silencio respecto del derecho real efectivamente existente en la realidad jurídica.

Pero, del otro lado, la mención muestra un aspecto diametralmente opuesto, que permite que se transforme en altamente nociva y funesta para el Registro de la Propiedad y la contratación inmobiliaria: nos referimos a las menciones de derechos personales en general y a las menciones de derechos reales ya extinguidos; se trata —conforme decía GONZÁLEZ PALOMINO—, de toda esa gama de derechos (o situaciones)... *extinguidos los más, pero todos* prácticamente *vigentes* en el Registro de la Propiedad (71); en este aspecto está plenamente justificada la posición radical que sostiene dicho autor. Así resulta que, cuando la mención se deforma para cumplir la misión de dar acceso al Registro a los derechos que carecen de trascendencia real, o de perpetuar los derechos muertos en el fondo de los asientos vivos (72), se pone al servicio del fin opuesto a aquel para el cual la legislación anterior les había dado entrada, y a más del grave inconveniente de perpetuar la inexactitud del Registro, necesariamente provoca graves inconvenientes en la contratación inmobiliaria, y de aquí la reacción de la doctrina y de la jurisprudencia (73), incluida la de la Dirección General, contraria a tal estado de cosas (74), que ha venido a cristalizar en la primera disposición transitoria de la Ley, en los artículos 29 y 98 de la misma y en la regla séptima del artículo 51 del Reglamento, la cual viene a

(71) «La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», pág. 12.

(72) Porque cuando en el ámbito de la legislación civil común un derecho está libre y exento de toda limitación o carga, y sólo por su acceso al Registro se contamina de las cargas y gravámenes *corpore insepulto*, nada tiene de extraño que los particulares (y hasta algunos *sesudos autares*) consideraran más beneficiosa la posición del titular no inscrito que la del que inscribió, o que la del que no puede manumitir su finca del régimen de la inscripción (GONZÁLEZ PALOMINO. En la misma obra citada, página 16.)

(73) Pero la Sentencia de 26 de febrero de 1942 declaró, a este propósito, que «si tratándose de derechos no susceptibles de inscripción *separada*, la mención en el Registro de la Propiedad reviste eficacia suficiente para hacerlas valer en perjuicio de tercero, no ocurre lo propio cuando el derecho es como la servidumbre, susceptible de inscripción especial». (CASSO. Obra citada, pág. 477.)

(74) Así lo pone de manifiesto GONZÁLEZ PALOMINO, añadiendo: «Será preciso entablar un *pleito contra el aire*, para obtener la declaración de que lo que no se debió inscribir ni mencionar, a pesar de haberse inscrito y mencionado, no debe producir efecto alguno, si no era inscribible» (Obra citada, pág. 14.)

determinar que, en ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente (75), y añade que las cargas relacionadas en el título que no resulten inscritas o anotadas no se harán constar en la inscripción. De este precepto se deduce una consecuencia importantísima: los derechos que, siendo susceptibles de inscripción especial y separada no han ingresado en el Registro, no se harán constar en la inscripción aunque aparezcan relacionados en el propio título que se inscriba —siempre que no se hayan constituido en él, porque en este caso deberían inscribirse—, y, por tanto, en cuanto al extremo previsto por la citada regla del artículo 51 del Reglamento, *queda roto totalmente el paralelismo entre el Registro y el título*; si tales derechos reales existen y están vigentes en la realidad jurídica extrarregistral, *el Registro será inexacto o incompleto* en cuanto a ellos; y a la inversa, si a pesar de aparecer mencionados en los títulos, tales derechos se habían extinguido extrarregistralmente, precisamente, *el no reflejarlos en la inscripción será lo que hará, indirectamente, que el Registro sea exacto* en lo que a ellos se refiere.

* * *

No es ningún imposible metafísico el que pueda practicarse alguna mención a pesar de estar ello prohibido —dice ROCA SASTRE—, y como *lo consignado en el Registro* consignado queda, resultará que, por el hecho sólo de figurar practicada una mención, *ello obrará psicológicamente a modo de carga*... El citado artículo 29 dispone que «la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial». Este precepto, de técnica defectuosa, hay que interpretarlo, en resumidas cuentas, en el sentido de que la carga o gravamen mencionado no afectará, no

(75) Sin embargo, cuando se trate de la propia inscripción de la compraventa o contrato en que se aplazó el pago del precio, será necesario hacerlo constar así en ella por aplicación del artículo 10 de la Ley, ya que el aplazamiento es una de las tantas formas en que se puede exteriorizar el convenio de pago, aunque tal circunstancia carezca de toda repercusión respecto de tercero, excepto si el pago se aseguró con hipoteca o se dió a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (artículo 11). En cambio, la regla del artículo 51 del Reglamento a que nos referimos mira al arrastre de cargas a practicar en los asientos posteriores, y tiene el alcance de determinar que, en ellos, no se hará referencia alguna a los aplazamientos del pago del precio que no estén asegurados especialmente; en cambio, si el pago se aseguró especialmente, por ejemplo, con una hipoteca, se expresará así, con referencia al asiento en que aquélla se haya constituido.

perjudicará o no surtirá efectos contra terceros adquirentes y que, por tanto, frente a él, tal mención es como si no se hubiera practicado. Pero la mención publica una carga o gravamen y, por tanto, forma parte integrante del contenido registral, y precisamente por esta razón de publicidad es por lo que en la legislación hipotecaria anterior, la mención producía efectos contra terceros... En una palabra, es la posición del tercero afectado *frente a lo inscrito*. Y como la mención sólo producía este efecto negativo derivado de la mera publicidad registral, no tenía estrictamente actuación, a base de ella, el principio de fe pública del Registro, ni siquiera en el aspecto de presunción de contenido registral exacto, puesto que los derechos mencionados no han sido nunca transmisibles hipotecariamente y, por tanto, no cabía el juego protector de la fe pública en favor de los terceros adquirentes. Por todo esto, al privar la actual Ley Hipotecaria a la mención de toda eficacia respecto a terceros, sólo con cierto esfuerzo permite ver en ello una excepción a la fe pública del Registro y únicamente en lo que respecta a la presunción de contenido registral *íntegro*, o sea en el sentido de que la mención debe considerarse *como si no integrara tal contenido*. Dicho artículo 98... debe entenderse en el sentido amplio antes indicado, o sea que las menciones serán ineficaces, especialmente contra tercero, reputándose *como no hechas*. Habría sido preferible que hubiera dispuesto explícitamente que la mención era irrelevante *en absoluto* y que había de estimarse *como no escrita*. No obstante, el Reglamento es más explícito, pues en su artículo 355 dispone que tales menciones no se comprenderán en las certificaciones de cargas que expida el Registrador (76).

Estamos en la creencia de que, esta interpretación de Roca, no excluye la posibilidad de interpretar aquellos textos legales desde un ángulo distinto, en cuyo caso los efectos de la mención que dejamos transcritos sufrirían una alteración que tendría cierta trascendencia hipotecaria, aunque en general fuesen coincidentes con los expuestos por Roca. Es que si la mención no cancelada de un derecho real existente en la realidad jurídica extrarregistral lleva al ánimo del tercero hipotecario la seguridad de que efectivamente existe tal derecho y las consecuencias jurídico-patrimoniales que para él supone su existencia, y, sin embargo, no queda obligado a

(76) Obra citada. Tomo III, págs. 369, 370, 371 y 372.

soportarlo, ello equivale a *dispensarle* del requisito de la *buena fe* a efectos del artículo 34, y que éste exige para su propia aplicación.

Este requisito se venía elaborando por la jurisprudencia, acaso en contra de la letra del artículo 34 de la Ley Hipotecaria anterior, ya que éste no aludía a la buena fe (77); y si antes de 1944 era preciso proceder con cautela en cuanto a la aplicación de este requisito —ya que el generalizarlo a casos no idénticos a los que fueron objeto de aquellos fallos podía no prevalecer ante los Tribunales frente a la letra de aquel precepto—, hoy necesariamente ha de actuar con carácter general en todos los casos en que el tercero hipotecario se escude en el artículo 34, porque estamos en la creencia de que no se puede aplicar este precepto si falta el requisito de la buena fe, salvo excepción expresa y terminante de la Ley; pero estos requisitos no se cumplen en los artículos 29 y 98, ni vemos ninguna razón para desarrollar su círculo de actuación a expensas del artículo 34. Según la expresión de GONZÁLEZ PALOMINO (78), acaso desde el punto de vista subjetivo sea la intención del que se acoge al Registro el que éste, efectivamente, haga las veces de burladero; mas, para que así fuese en realidad, sería preciso que ni la Ley ni la jurisprudencia hubiesen exigido el requisito de la buena fe y que el Derecho reconociese idénticos efectos a la adquisición operada de buena fe que a la que se efectuase sin ella. Pero en sentido objetivo es precisamente la exigencia de buena fe lo que impide, dentro de lo posible, que el Registro se transforme en burladero —si bien no siempre se consiga este efecto, dado lo difícil de la prueba de una convicción interna que puede exteriorizarse o no en la realidad—, porque si bien la Ley permite a todo tercero el entrar en él —y el inmatriculante no está protegido por la fe pública registral en ningún caso—, a la vez le advierte que si no entra de buena fe le *obligará a salir del burladero*, permitirá que le ataquen ante los Tribunales, y sólo le permitirá en-

(77) Hemos afirmado, sin embargo, que no encajaba en los moldes del texto legal, y así resulta si con alguna detención se medita sobre el contenido de los artículos 17, 23, 27, 34, 36, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, y sobre los 606 y 1.473 del Código civil, que parece que no admiten más formas e instrumentos de publicidad que el Registro, y tan distante parece que se hallaba la idea de la buena fe del pensamiento de los redactores de la ley cuando hablaban de tercero... (F. CAMPUZANO: «Elementos de Derecho Hipotecario». Volumen I, pág. 391. 1931.)

(78) Es un medio de defensa. Algo así como un burladero' y no como un altar. (Obra citada, pág. 27.)

trar de nuevo en él en caso de que el Juez así lo acuerde; por tanto, no se puede decir que reúna verdaderas condiciones de burladero aquel del que se desaloja al que entra, precisamente cuando más falta le hace permanecer en él (79). El Registro es un medio de defensa, pero un medio muy particular, porque no es un medio de defensa contra lo conocido, sino más bien contra lo *desconocido* y *eventual*; el acogerse a él supone, en general en el tercero, la sabiduría del propio saber del no saber, es decir, saber que puede existir (causas de nulidad, resolución, etc., de la titularidad del transferente, no consignadas en el Registro) o sobrevenir algo (transmisión de la finca a favor de un tercero hipotecario) que él puede no saber oportunamente (buena fe), y que este algo le puede perjudicar, y que precisamente el único medio de defenderse contra estos perjuicios *eventuales* sólo se lo proporciona la inscripción (80); es que la verdadera seguridad que el Registro más propiamente proporciona al tercero hipotecario está en que, cuando éste —siempre que se produzca dentro del marco legal— cree adquirir en determinadas condiciones (visión subjetiva), efectivamente adquiere en estas mismas condiciones en que cree adquirir (identifica y transforma la visión subjetiva en objetiva dentro de los límites legales), pudiéndose descubrir un cierto paralelo de este fenómeno en la idea de la llamada prescripción instantánea. Por todas esas razones nos parece que la entrada en el Registro, más que instalar en un burladero al tercero hipotecario, más bien le ofrece una inmejorable *vacuna* para su derecho real, pero una vacuna tan prodigiosa que, a veces, aun habiendo ingresado dicho derecho en el Registro, muerto, al recibirla lo restituye vivo.

(79) La buena fe, en realidad, no es un requisito positivo de la protección del Registro, sino una causa de privación de protección. La prueba de la mala fe es la que deja al titular en la mitad de la calle, expuesto a los ataques y sin amparo en el burladero del Registro. (GONZÁLEZ PALOMINO. Obra citada, pág. 27.)

(80) Como es cosa fácil identificar lo desconocido con lo inexistente, ¿no se deberá a esta causa el que exista un importante porcentaje de la propiedad inmobiliaria que aún no haya tenido acceso al Registro? Acaso uno de los medios más prácticos para que ingresase en él, pudiese proporcionarlo la legislación del Impuesto de Derechos reales, a base de que la Tarifa estableciese unos tipos ostensiblemente más altos para los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios que aquellos que, precisamente, se calculase que se habían de aplicar en realidad (siempre que la diferencia fuese superior a los gastos de inscripción) y de que se añadiese un apartado al artículo 8 del Reglamento que implicase la bonificación de aquella diferencia en caso de solicitarse la inscripción y efectuarse ésta.

El artículo 29, al parecer, no se refiere a los terceros adquirentes de la finca sobre la cual recae el derecho mencionado, sino al titular de este derecho y a las personas que lo adquieran de él a título oneroso o lucrativo, en tanto que el artículo 98 sería el que se referiría a los primeros. El alcance del artículo 29 sería el de proclamar formalmente que, mientras la expresión registral no pase de ser una simple mención, la fe pública del Registro *no protegerá al titular del derecho real mencionado ni a sus causahabientes*; es decir, que aunque hayan adquirido este derecho a título oneroso, de buena fe, del titular registral y aparezca mencionado a su nombre en el Registro, *no por ello estarán protegidos por la fe pública registral*, por la circunstancia de que no han hecho constar su derecho en forma adecuada en el Registro.

El artículo 98 de la Ley sólo señala dos consecuencias en el orden estrictamente hipotecario: ...las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada... —dice— *no tendrán la consideración de gravámenes a efectos de esta Ley* y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. Al parecer, se puede atribuir al criterio que ROCA SASTRE mantiene respecto de las menciones un carácter absoluto y radical (81), que otorgue a los preceptos que examinamos un valor igual a si efectivamente proclamasen *erga omnes* que la expresión registral no dice *lo que realmente dice*; se trataría de una categoría jurídica más enérgica que la mera inexistencia jurídica, ya que llevaría implícita la ficción de la inexistencia física de lo escrito —«como no escrita», decía ROCA—. Estamos en la creencia de que el artículo 98 sólo y *exclusivamente* se refiere a la expresión registral (mención), dejando totalmente intacto *el derecho* mencionado, el cual seguirá produciendo todos los efectos que le correspondan según *su propia ley* (civil), e incluso será tomado en consideración por la propia Ley Hipotecaria, siquiera sea para proclamar su extinción en caso de transmisión de la finca a favor de un tercero hipotecario de buena fe. En cuanto a la mención *en sí misma*, se puede distinguir y separar en ella, de un lado, su sustancia física (parte de un escrito determinado), y de otro, su sustancia jurídica (efectos es-

(81) Decimos «a todos los efectos legales» para indicar que la inoperancia de la mención es absoluta, incluso para que su mera constancia registral no prive de la buena fe hipotecaria al tercer adquirente; aspecto interesante, que GONZÁLEZ PALOMINO acertadamente ha destacado. (ROCA SASTRE. Obra citada. Tomo III, pág. 371. Nota 3.)

pecíficos del contenido registral), de modo que hay que entender que cuando el artículo 98 dice, no tendrán la consideración de *gravámenes* a efectos de esta Ley, solamente se refiere al segundo aspecto (gravámenes, es decir, sustancia jurídica), y su alcance se reduce a *negar* a la mención aquellos *efectos jurídicos* que *naturalmente* produciría en caso de que no se hubiese llegado a formular el artículo 98; por tanto, quedan intactos los efectos generales que en el campo de los hechos puede producir el escrito.

Creemos que la expresión utilizada por el artículo 98 tiene el valor jurídico de colocar al tercero hipotecario frente a la mención en una situación análoga —pero no idéntica— a la del tercero frente a lo *no inscrito*; por tanto, lo que no figura en el Registro —y la mención que no ha llegado a su conocimiento se puede equiparar a lo no consignado en el Registro, dado aquel texto legal— puede dárlo por inexistente o inoperante en cuanto le perjudique (82); el efecto específico del artículo 98 está, pues, en que el tercero hipotecario no queda afectado o perjudicado frente a lo mencionado si está *de buena fe*, ya que si no se hubiese formulado este precepto no podría alegar ignorancia o desconocimiento del derecho real mencionado y habría de soportarlo, aunque estuviese de buena fe, por no haber consultado los libros y desconocer efectivamente su existencia (83). Pero la situación del tercero hipotecario no puede ser idéntica frente a lo mencionado (que tiene un contenido registral positivo) que frente a lo no inscrito (sólo negativo); lo no inscrito no existe en el sentido de que no está en el Registro, y, por tanto, no puede ser fuente de conocimiento; pero la mención de un derecho real efectivamente existente en la realidad jurídica, aunque se haya efectuado indebidamente, y siempre que no figure cancelada, en el terreno de los hechos tiene aptitud para ser fuente de conocimiento, llevar al ánimo del tercer adquirente la convicción de la existencia efectiva de aquel derecho y privarle, en consecuencia, del requisito de la buena fe.

Incluso cuando se trata de negocios jurídicos inexistentes por falta de forma *ad solemnitatem*, la falta de forma no es obstáculo para que —con independencia del negocio jurídico que los interesados se habían propuesto llevar a cabo, y cuyos efectos propios no se producirán por ser inexistente— efectivamente se produzcan

(82) Véase ROCA SASTRE. Obra citada. Tomo I, pág. 417.

(83) Véase ROCA SASTRE. Obra citada. Tomo I, pág. 417.

aquellos otros efectos que deriven de la actuación de los interesados, siempre que ésta sea jurídicamente apta para producirlos (84). Así, si una escritura de constitución de un préstamo garantizado con una hipoteca no se presenta a inscripción, el derecho real de hipoteca no nacerá a la vida jurídica, pero no vemos ningún inconveniente para que la escritura pública sirva de prueba del préstamo (85); incluso la escritura defectuosa por falta de forma sería eficaz a este mismo efecto en el caso del artículo 1.223 del Código civil; aquel mismo criterio aparece explícitamente consagrado por el artículo 715 del mismo Código (testamento cerrado nulo por falta de forma, válido como testamento ológrafo si reuniese las condiciones de tal). Creemos que el artículo 98 de la Ley se debe interpretar paralelamente, es decir, que en tanto subsista la letra de la mención no cancelada, persiste su aptitud de hecho para hacer ostensible la existencia del derecho mencionado —aunque todos los restantes efectos de la mención sean negados por el artículo 98—, y si efectivamente a través de la mención el tercer adquirente queda percatado de la existencia del derecho real, no podrá alegar buena fe en cuanto a él y habrá de soportarlo; pero este efecto no será consecuencia de la existencia de la mención, sino de la existencia del *derecho mencionado* (86) que, si bien en este caso se delató a través de la mención, en realidad hubiese podido conducir al mismo resultado cualquier otro medio, registral o extrarregistral, que fuese apto para ello. Una vez que, de hecho, el tercer adquirente queda colocado en esta situación, es el artículo 34 el que en-

(84) Véase CASTÁN. Obra citada. Tomo I, pág. 823, 1949.

(85) Estimamos que no será aplicable el artículo 313 de la Ley, porque en este caso el objeto de la presentación no es hacer efectivo un derecho real; la cuestión planteada sólo tiene alcance obligacional.

(86) Obsérvese que la mención *en sí misma* no produce esta consecuencia, ya que en tanto que no sea conocida del tercer adquirente, es inoperante frente a él; lo que provoca aquella consecuencia es el conocimiento y la convicción por parte de éste, de la efectiva existencia del derecho real mencionado y de sus consecuencias, ya que si tal derecho estuviese extinguido, no tendría que soportarlo, a pesar de la mención. Por eso creemos con GONZÁLEZ PALOMINO, que el tercero hipotecario puede probar que, si bien conoció la existencia de la mención, en verdad no creyó en ella, es decir, que «si lo conocido provoca la convicción de su ineficacia (en absoluto o respecto del conocedor) podrá éste usar sus medios de impugnación o de ataque, sin que quepa la equiparación de conocimiento y mala fe». (Obra citada, pág. 30.) Ello, en su caso, deberá ser apreciado por los Tribunales, pero creemos muy difícil que de buena fe se pueda llegar a la convicción de que es precisamente el Registro el que está equivocado, en contra de lo que él pone en evidencia.

tra en juego para valorarla en cuanto a sus efectos y prueba; para este precepto es suficiente que se produzca este resultado o efecto con plena abstracción de la causa o del medio que lo haya originado, ya que ello no le preocupa ni le interesa; si falta la buena fe, no se puede aplicar el artículo 34 (87). Es cosa lógica que aquel conocimiento perjudique al tercer adquirente, porque, naturalmente, hay que presumir que utilizó lo que sabía a su favor como presupuesto del contrato (88), aparte de que en aquel momento era aplicable la regla *nemo dat quod non habet*, y por ello sabía o debía saber que el transferente no le podía transmitir más derechos de los que tenía ni de cómo los tenía; por tanto, resulta que, con arreglo a las reglas de la buena fe, no puede exigir después, al inscribir su derecho, que se le entregue aquello que de antemano sabía que no se le podía entregar, ni exigir que se le transfiera en condiciones que él sabía que no se le podía transferir. El conocimiento obtenido fuera del Registro de la existencia de un derecho real —dice GONZÁLEZ PALOMINO— hace inespecífica la publicidad del Registro. (A veces se equipara al conocimiento la posibilidad y hasta casi un deber de conocimiento, artículo 36). En estos supuestos, además, el conocimiento no sólo ni tanto es publicidad como aceptación. El Registro es un medio de defensa del adquirente, pero si el adquirente tuvo la defensa en su mano y no quiso usarla, es como quien se declara vencido, como quien se defiende mal, como el que tiene una excepción o un medio de prueba y no los usa (89).

Mas como el artículo 34 presume la buena fe por parte del tercer adquirente, resulta que la prueba de la falta de este requisito correrá a cargo del titular del derecho mencionado o del transmitente, en su caso. Y precisamente, porque la mención es apta para producir el efecto de que el tercer adquirente pierda su buena fe, es por lo que la Ley permite su cancelación, porque una vez haya sido cancelada, la presunción de exactitud del Registro actuará a

(87) «...siendo uno de sus principales objetos la publicidad de las cargas, gravámenes y demás vicisitudes que afecten a la propiedad inmueble para que *nadie sea responsable de las que ignore*, es indudable que, con arreglo a dicha ley, *no puede considerarse como tercero al que, si bien no intervino en el acto o contrato, tuvo perfecto conocimiento de él*». (Sentencia de 13 de mayo de 1903, publicada el 8 de junio.)

(88) Aun vemos nosotros en Madrid cargas y gravámenes, como las del Real Aposento, que sólo sirven para que el adquirente desconfiado o logrero, haga una retención, «al mejor cambio», tras un cálculo complicadísimo de maravedises. (GONZÁLEZ PALOMINO. Obra citada, pág. 16.)

(89) Obra citada, pág. 30.

favor del tercer adquirente de la finca, presumiéndose extinguido el derecho a que la cancelación se refiera.

* * *

Relacionando el artículo 98 de la Ley con el párrafo segundo del artículo 265 del Reglamento, se puede descubrir una cierta analogía en cuanto a los efectos que de ambos preceptos derivan, por más que en realidad prevean dos supuestos diferentes que se reflejan de modo imperfecto en el Registro.

El alcance de la segunda norma radica en impedir que el conocimiento de los hechos (procedencia de los bienes) valga como conocimiento de la consecuencia jurídica (repercusión que puede tener la adquisición del reservatario contra el tercer adquirente) al amparo del artículo 2º del Código civil, en los casos en que el tercer adquirente no haya consultado los libros o si, aun habiéndolos consultado, no ha vislumbrado aquella consecuencia jurídica; se puede estimar que dicho precepto establece una presunción *iuris tantum* en este sentido. Viene a contraponer la falta de diligencia en constatar en el Registro el carácter reservable de los bienes inmuebles, por parte del reservista y de los reservatarios, con el exceso de diligencia que se exigiría de los terceros en caso de que, sin constar expresamente en el Registro el carácter reservable de los bienes, se les hiciese soportar las consecuencias de la reserva, puesto que si el que lee el Registro no es persona versada en Derecho, es casi seguro que no por ello descubrirá la consecuencia jurídica (90). Pero el precepto no contrapone la *falta de diligencia* del reservista y los reservatarios frente a la *falta de buena fe* del tercer adquirente, por cuanto que en lo que afecta a este segundo punto, en el orden hi-

(90) Así resulta de la Sentencia de 20 de 'diciembre' de 1904, que vino a determinar: en el caso del artículo 811... es manifiesto que si por omisión o negligencia y voluntariamente no se hace constar en el Registro la cualidad de reservables de tales bienes, al tercero que los adquiera no se le puede imponer la responsabilidad de esta reserva, por la sola consideración de que la procedencia más o menos conocida de aquellos permita sospechar o deducir la cualidad que les afecta... y porque sería además, contradictorio a los principios que informan la Ley Hipotecaria obligar a los terceros a hacer un estudio jurídico acerca de la condición de determinados bienes, cuando esta condición se puede y debe hacer constar expresa y terminantemente por la persona a quien interese... cuando los ha adquirido en concepto de libres, de quien podía disponer de ellos según el Registro.

potecario, es de la competencia del artículo 34 (91) ; por tanto, si el tercero está convencido de la existencia de la reserva y percatado de las consecuencias jurídicas que ella le puede reportar, dejará de estar protegido por la fe pública y, en su caso, habrá de soportar las consecuencias derivadas de la adquisición del reservatario (92), aunque incumba al propio reservatario la prueba de la falta de buena fe del tercer adquirente.

En cambio, cuando se trata de la mención de un derecho real susceptible de inscripción especial y separada, es la misma mención la que hace ostensible la existencia del propio derecho real, y por este motivo, en principio, no cabe que la persona que tenga conocimiento directo del asiento pueda alegar y probar verosímilmente después, que no tenía conocimiento *del derecho* a que la mención se refería.

En suma, en ambos preceptos se da la analogía de que en el fondo se exculpa por razones distintas de que el solo, simple e imperfecto reflejo registral perjudique al tercero hipotecario *de buena fe*, pero sin llegar en ninguno de los dos supuestos a derogar esta exigencia de buena fe que para su correcta aplicación exige el precepto, que acaso sea el más fundamental de toda la Ley Hipotecaria (93).

CAPITULO III

La legitimación registral, el título y el procedimiento

Desde el momento que nos referimos al principio de legitimación registral resulta, por definición, que no puede existir más le-

(91) De la Sentencia de 9 de julio de 1900, también se infiere que no será aplicable el artículo 34, aun cuando las causas de *resolución* no estuviesen consignadas en el Registro, si es que fueron conocidas por el adquirente en el acto de contratar.

(92) Véase ROCA SASTRE. Obra citada Tomo IV, pág. 627.

(93) Acaso pudiera interpretarse en este sentido la nota de ROCA a que hemos aludido (Tomo III, pág. 371. Nota 3), si es que con la expresión *mera constancia* registral se alude a la mención que no ha llegado a conocimiento del tercer adquirente; mas, parece que se opone a esta interpretación la afirmación de que su *inoperancia es absoluta*, salvo si ello se limita a este último caso o al sentido de ser *sólo jurídicamente absoluta*, es decir, sin llegar a negarle su aptitud de hecho para ser fuente de conocimiento a efectos del artículo 34.

gitimación registral que la que procede de los libros del Registro —y no de todos ellos precisamente, por aplicación del párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley—, ya resulte directamente de los mismos asientos de los propios libros, ya a través del medio indirecto de las certificaciones registrales. De ello se infiere que mientras nos movamos en el campo propio de la legitimación registral *nos hemos de conducir como si en el mundo sólo existiese el contenido del Registro*, prescindiendo incluso, de momento, del título que le dió origen. Con clarísima visión del problema planteado, PEDRO CABELLO DE LA SOTA dice que si los títulos no obtuvieren, en virtud del Registro, alguna mayor garantía y medios más eficaces de defensa y ofensa que los peculiares del documento donde nacieron, no merecía la pena de inscribir ningún derecho; y añade, por eso WOLFF afirma que no es inscribible un derecho que mediante la inscripción no haya de ser más eficaz que sin ella (94). Pero como la presunción de exactitud del Registro, a efectos del principio de legitimación, sólo tiene carácter *iuris tantum*, resultará que cuando se le opongan otros elementos contradictorios que pretendan neutralizarla o destruirla será preciso, remontarse al título o títulos que originaron la inscripción, así como a los documentos y pruebas que sean pertinentes según las circunstancias que concurran al caso de que se trate; la dificultad precisamente estriba en determinar el momento exacto a partir del cual se puede o debe lógicamente imponer, directa o indirectamente, este comportamiento al titular registral, puesto que ello, de hecho, equivale a privarle de los beneficios que de la presunción legitimadora derivan a su favor, expulsándole fuera del Registro en busca de elementos extrarregistrales.

El título es un elemento que nace, muere y, hasta vive, fuera del Registro; a veces es apto para causar un asiento en él, pero no siempre, ya que no todos los títulos tienen la cualidad de ser inscribibles; para serlo, han de reunir determinados requisitos —específicamente regulados por la legislación hipotecaria— de fondo o contenido y de forma. El título, en su día, fué la causa que dió vida al asiento, y para ello hubo de pasar unos momentos de su vida en la oficina del Registro; pero una vez inscrito y firmado el asiento, la inscripción recaba para sí una vida propia e indepen-

(94) «Efectos de las inscripciones de inmatriculación»; pág. 25.

diente frente al mismo título que se la dió. «Evidentemente, la inscripción no es título de derecho —dice ROCA SASTRE—, pero lo suplenientras no se impugne.» Aquí se trata de que «la expresión registral o contenido de la inscripción tome cuerpo o sustantividad propia, completamente desconectada, de momento, del título que pudo producirla» (95)

* * *

Supuesta la preexistencia de la regulación de uno o varios procedimientos de aplicación general (juicios declarativos) y de otro u otros especiales, por ser de aplicación limitada en ciertas hipótesis prefijadas (el procedimiento ejecutivo ordinario presupone la existencia del título ejecutivo) dentro de un ordenamiento jurídico determinado, en el cual, a su vez, y con el reconocimiento del legislador, fuese hallando progresiva cabida el principio de legitimación registral, no ofrece duda de que existiría la posibilidad de que este principio podría aducir ciertos elementos específicos especialmente aptos para combinarse con aquellos procedimientos preexistentes e influir sobre sus líneas generales en ciertos casos. Así resulta que la influencia de la presunción legitimadora sobre el procedimiento puede traducirse en la exigencia de adaptarlo al supuesto especialmente contemplado, y de este modo surgen las especialidades del juicio ejecutivo regulado por la Ley de Enjuiciamiento civil, en caso de que los bienes hipotecados hayan pasado a poder de un tercer poseedor. Desde otro punto de vista, también es posible llegar a establecer la regulación de procedimientos nuevos, sea por la combinación de elementos procesales de preexistencia más o menos acusada con los propios elementos suministrados por la legitimación registral o transformando y abreviando otros procedimientos ya existentes; dentro de nuestro Derecho merecen destacarse en este aspecto el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, así como los establecidos por los artículos 41 y 131 de la Ley, el último de los cuales se puede ver generado en el fondo, a través de la abreviación de los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario, añadiéndole unos requisitos especiales y adaptándolo a las necesidades del fin que concretamente se le asignaba, y con ello, al eliminarse

(95) Obra citada. Tomo I; págs. 282 y 283.

una previa fase de cognición, bajo su nueva forma, el procedimiento adquiriría naturaleza meramente ejecutiva (96).

Si al examinar la influencia que la presunción legitimadora puede ejercer sobre el proceso, se tratasen de determinar las principales características de un procedimiento especialmente orientado y fundado —dentro de lo posible— sobre el principio de legitimación registral, se habrían de tomar en especial consideración los extremos que a continuación pasamos a resaltar:

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

1.ª *Límites*.—Si bien no resulte cosa imposible llegar a establecer la regulación de un procedimiento basado única y exclusivamente sobre el principio de legitimación registral (caso de conflicto entre titulares registrales susceptible de ser resuelto con los simples datos del Registro), es evidente que lo limitado del campo de su actuación, cuando éste se ciñese a los elementos meramente registrales, le restaría casi toda su utilidad práctica. De aquí la conveniencia de que el procedimiento fundado sobre el principio de legitimación registral haya de permitir la entrada de ciertos elementos extrarregistrales, con el fin de posibilitar el efecto práctico de que, el Juez profesional del Derecho, teniendo conocimiento del contenido de la inscripción y del alcance del derecho inscrito —sea por la misma inscripción o por subsunción de su contenido dentro del marco que señala el Derecho objetivo—, así como de los hechos o situaciones que están en contradicción flagrante con la existencia, extensión o alcance de aquel derecho, a petición del titular registral y el previo cumplimiento de los requisitos legales, pueda tomar las medidas ejecutivas necesarias para restablecer la efectividad del derecho violado, sobre la base de la veracidad del contenido del Registro, salvo prueba en contrario.

De aquí resulta que el procedimiento basado en la legitimación registral tiene tendencia a dar entrada a ciertos elementos extrarregistrales, particularmente cuando la persona contra quien se dirige el procedimiento alega la inexactitud del Registro y se dispone a probarla, fundando su posición en razones jurídicas, ya que en es-

(96) Véase MANUEL DE LA PLAZA: «Los principios fundamentales del proceso de ejecución». (*Revista de Derecho Privado*, pág. 83, 1945.)

tos casos, más pronto o más tarde, habrá necesidad de salir del campo registral y resolver sobre el pretendido derecho del contradictor; probablemente no inscrito, en el mejor de los casos. No obstante, el procedimiento puede discurrir apegándose lo más posible al principio de legitimación o distanciándose de él en mayor o menor grado; cuando señalamos sus características nos situamos en la primera hipótesis, ajustándonos lo más posible a las exigencias de aquél (97).

2.^a *Su razón de ser.*—Una vez establecida la presunción legitimadora en el aspecto sustantivo, la conveniencia de regular un procedimiento especialmente basado en la legitimación registral lógicamente se convierte en necesidad, si es que se tiene en cuenta la complejidad del supuesto especialmente contemplado (98), el cual formula la exigencia de que las normas reguladoras del procedimiento en que aquella presunción se interfiera se adapten y tomen en consideración lo especial de la situación creada, otorgando a los interesados las oportunas garantías procesales antes de que pueda recaer una resolución judicial que pueda dar lugar a la cosa juzgada definitiva. Es precisamente lo particular de la situación creada

(97) En el fondo miramos hacia el procedimiento del artículo 41 de la Ley, por más que aquí *hagamos abstracción y procedamos como si el artículo 137 del Reglamento (al final de la regla 2.^a) no exigiese la presentación del título*, puesto que de esta circunstancia especial y de sus consecuencias *nos hemos de ocupar en el capítulo que sigue.*

(98) La presunción legitimadora del Registro produce el efecto típico de toda presunción *iuris tantum*: dispensa de la prueba al favorecido con ella e impone la necesidad de probar a quien se oponga a la misma. En la posición de las partes en el proceso, incumbe a éstas facilitar al juzgador todo el material acerca del cual ha de versar la contienda judicial. Este deber se manifiesta en una doble forma: a), por una parte, han de determinar los hechos en que apoyan su posición en el litigio (carga de la afirmación); b), por otra parte, han de probar, precisamente en su propio interés, dichos hechos afirmados (carga de la prueba). La presunción no afecta para nada al primer aspecto; en cambio, produce los máximos efectos en el segundo, en el cual exime al que invoca los hechos o derechos presuntos de la necesidad de probarlos, e impone al que invoca los hechos o derechos contrarios la prueba necesaria para destruir la presunción. Mas no debe olvidarse que los elementos jurídicos de la presunción son dos: un hecho base, del cual deriva la Ley una consecuencia, y la consecuencia misma. La dispensa de prueba se refiere, como es lógico, a esta última, pero no al hecho básico, que ha de ser debidamente probado. Conforme a esta doctrina, todo aquel que invoque en juicio la realidad presunta que proclama el Registro, utilizando la presunción legitimadora, deberá probar la existencia y subsistencia de la inscripción, pero queda exento de la necesidad de probar la existencia del derecho (SANZ. Obra y tomo citados, págs. 325 y 326.)

por la presunción legitimadora, lo que da un carácter particularmente complejo al procedimiento, y, a su vez, le distingue de todos los demás procedimientos en general, por más que los distintos elementos que lo integran pudieran hallarse dispersados entre los distintos procedimientos que son conocidos en nuestro Derecho positivo (99).

En segundo término, el procedimiento que se desenvolviese lo más cerca posible de la legitimación registral, hallaría suficiente razón de ser en la propia utilidad práctica que habría de reportar, la rapidez en la tramitación y la economía que, por regla general, en todos los órdenes posibles habría de llevar consigo, aunque excepcionalmente en algún caso pudiese dar lugar al efecto contrario (si llega a promoverse en último término el juicio declarativo).

2. LAS PARTICULARIDADES MÁS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO.

1.ª *Legitimación efectiva.* — Para promover el procedimiento debe ser necesario que el asiento o asientos en que se funde gocen de los beneficios de la legitimación registral y que se justifique en forma adecuada la vigencia, sin contradicción alguna, de tales asientos.

2.ª *La exigencia de buena fe.*—La Ley parte del supuesto de la veracidad del contenido de los asientos del Registro (*a priori*), y por ello, sobre la base de que el titular registral es un titular registral verdadero, cuyo derecho real existe en la realidad jurídica en la extensión, condiciones y limitaciones con que se refleja en el Registro, le autoriza para acudir al procedimiento especial; pero no regula este procedimiento para que el titular registral aparente despoje de su derecho al verdadero dueño o al verdadero titular extrarregistral; no obstante, como *a priori* todo titular registral es un titular registral verdadero, mientras *a posteriori* no se demuestre lo contrario, resulta que, de hecho, el titular registral aparente o

(99) El artículo 41, con sus dos «vertientes», ejecutiva y sumaria-contenciosa, es un procedimiento especial, *sui generis*, creado por la nueva Ley para la defensa exclusiva de la propiedad inscrita... (JESÚS MARTÍNEZ-CORBALÁN: «Más sobre los artículos 24 (38 Ley unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, página 540. 1946).

cuyo derecho real esté afectado por condiciones, otros derechos reales que no sean hipotecas o limitaciones de trascendencia real no consignadas en el Registro, puede acudir al procedimiento presentando a los titulares extrarregistrales como perturbadores del derecho a su favor inscrito (100). Es evidente que, normalmente, estos supuestos no se realizarán; pero la concurrencia de ciertas circunstancias anormales podría facilitar el juego de la mala fe, posibilitando el despojo, en perjuicio de la buena lógica del sistema (101). «No pretendamos aplicar ilimitadamente —dice RAMÓN DE LA RICA— un procedimiento de ejecución drástico y duro, que la propia Ley, con ejemplar cautela, ha limitado correctamente. Nada impopulariza mejor una doctrina, una institución o una Ley que el sectarismo fanático de quienes se creen sus máximos defensores» (102).

En este sentido, el artículo 131 de la Ley (regla 2.ª, párrafo último del apartado II) contiene una saludable prevención, a la que GUASP dedica un interesante comentario. Dada la analogía de las situaciones y ciertas afinidades en los procedimientos —ya que el del artículo 131 también se orienta alrededor del principio de legitimación registral—, pudiera tener interés en el procedimiento que examinamos el llegar a la formulación de una regla análoga. Constituye en la actualidad uno de los motivos de inspiración de la nueva orientación procesal —dice GUASP, con referencia a la regla dicha— el principio de la *buenafé* y, los que con él podemos considerar como relacionados: el deber de *colaboración* de las partes y, sobre todo, el *deber de decir verdad*, acerca del cual en los últimos tiempos se ha acumulado una considerable bibliografía. Este precepto trae su origen del artículo 169 del Reglamento para la Ley

(100) En estos casos el titular registral queda colocado en una situación análoga a la que examinamos al referirnos a la legitimación para el tráfico jurídico; se trata de situaciones paralelas.

(101) Si el titular registral conoce perfectamente la inexactitud del Registro y, no obstante, funda sólo y exclusivamente su causa de pedir (porque no tiene otra) en lo que *sabe* que hay en él de *inexacto*, prevaleciéndose de que la persona contra quien dirige el procedimiento se haya ausentado por largo tiempo sin dejar persona que la represente, o de que la situación económica de aquella no le permita prestar la caución adecuada, etc., acaso llegue a salir triunfante en tales procedimientos. Comprobada y declarada por el Juez la efectividad de este supuesto, ¿sería adecuado establecer unas sanciones pecuniarias especiales consistentes en una parte alícuota del valor en que se computase el importe del fraude que se hubiese intentado?

(102) «Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.» *Revista de Derecho Privado*, pág. 104. 1949.

Hipotecaria de Ultramar (18 de julio de 1893), que disponía la sujeción del acreedor a responsabilidad «por el solo acto de iniciar el procedimiento». La redacción del artículo puede hacer suponer, efectivamente, por los términos empleados, que solamente al acreedor de *buena fe* le está permitido acudir lícitamente a la tramitación privilegiada que se implanta (103). Esta concepción, con las debidas adaptaciones, es perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa.

3.º *El escrito inicial y la certificación registral.*—El procedimiento se inicia en virtud del correspondiente escrito del titular registral, exponiendo los extremos pertinentes y acompañando la correspondiente certificación registral (104). Si se tiene en cuenta que la legitimación registral subsiste aún en el caso de que el titular registral haya extraviado o perdido el título (documento), y que, incluso en esta situación puede obtener una resolución judicial favorable (allanamiento, falta de oposición, etc.), nos hallamos ante una de las consecuencias naturales y más prácticas del principio de legitimación, evitándose las molestias y gastos que le supone el obtener una nueva copia, y sin perjuicio de que pudiese aducir el título y demás medios de prueba que a su derecho pudieran interesar, en otra fase del procedimiento.

4.º *División potencial del procedimiento en varias fases o periodos.* La presunción legitimadora se caracteriza por la provisionalidad que la afecta; de este carácter provisional derivan las características básicas del procedimiento que se funde en ella, porque éste ha de prever *a priori* todos los supuestos que puedan tener realidad *a posteriori*, y a la vez ha de conceder las *debidas garantías procesales* a los interesados (principio de contradicción) *antes* de que pueda recaer una *resolución judicial* que haya de dar lugar a la *cosa juzgada de-*

(103) «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, pág. 14. 1942.

(104) Sin necesidad de presentar títulos el favorecido por el Registro alega ante el Juez esta condición con la misma esperanza y las mismas pretensiones que quien, con referencia a muebles, afirma «soy poseedor». Demandante o demandado, el titular registral emplea como arma ofensiva o medio de defensa la inscripción, y a su contrario compete la tarea de destruir los fundamentos del derecho subjetivo en que se apoya el ataque o la contestación. (JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Principios hipotecarios», página 144.)

finitiva (105). Sobre esta base es posible captar el complejo mecanismo del artículo 41 de la Ley, cuyo fondo está magistralmente pensado (106). Se parte del supuesto inicial de que el Registro es exacto, pero como subsiste la abstracta posibilidad de que *a posteriori* se demuestre la inexactitud registral, resulta que *a priori*, la regulación del procedimiento ha de tomar en consideración las dos hipótesis, y de aquí que se haya de dividir *potencialmente* en dos fases colocadas en función preponderantemente *alternativa*:

A) El titular registral lo inicia y se admite y pone en marcha como tal proceso ejecutivo, de modo que el Juez no declara que existe el derecho de cuya efectividad se trata, sino que da por ya declarada su existencia a base de la legitimación registral y por eso ordena su efectución y las medidas cautelares para que ésta sea perfecta, siendo la propia energía de la legitimación registral la que le inyecta valor ejecutivo; y con este carácter sigue o termina el procedimiento si no se formula oposición (107). En este caso es evidente su utilidad práctica, puesto que habrá evitado un proceso de cognición.

B) Pero como la persona contra quien se dirige el procedimiento no ha sido parte en un proceso de cognición en que haya recaído sentencia firme (108), al sentirse atacada puede reaccionar en la forma prevista por la ley, paralizando la ejecución iniciada, formulando oposición y atacando el Registro, haciéndose el tránsito hacia una fase de cognición que, en principio, se pretendía eludir (109).

(105) Sólo así es posible concebirlo en su totalidad *potencial*, aunque las normas aplicables estén contenidas en la Ley y el Reglamento hipotecario y la Ley de Enjuiciamiento civil; creemos que en este sentido aclara la visión la posición de SANZ, que estima que en dicho procedimiento del artículo 41 se pueden ver hasta tres fases diferentes. (Obra y tomo citados, págs. 341 y siguientes.)

(106) Las normas procesales instauradas por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria significan un paso progresivo en la evolución de nuestro sistema. Responden a una concepción bien meditada, protegen eficazmente al titular inscrito y favorecen y estimulan la corriente inscribitoria. (RAMÓN DE LA RICA. Artículo y Revista citados, pág. 104.)

(107) ROCA SASTRE. Obra citada. Tomo I, págs. 300, 302 y 300.

(108) Bien está negar a los asientos del Registro el valor de una sentencia judicial firme; pero negarle la fuerza ejecutiva, en los casos prudentes que prevé el artículo 41, equivaldría a desnaturalizar uno de los puntos más básicos de la reforma hipotecaria llevada a cabo. (MARTÍNEZ-CORBALÁN. Artículo y Revista citados, pág. 531.)

(109) « se ha llegado a articular un proceso que no es ciertamente de cognición pura, que tampoco puede reputarse de pura ejecución, sino que, como suele decirse, está montado *a dos vertientes*, ni más ni menos que los procesos de intimación. » (MANUEL DE LA PLAZA: «Los principios funda-

Pero como resulta que al iniciarse la fase contenciosa sigue subsistente la presunción legitimadora, sobre esta base es posible subdividir en esta fase otras dos fases o períodos *sucesivos* (110) :

a) En el primero, sobre la base de que el Registro es exacto, es posible ordenar una tramitación breve y sencilla, limitando los medios de ataque y la cognición del Juez ; si las partes consienten la resolución que recaiga, se habrá eliminado un juicio declarativo (111).

b) En la segunda fase se entra en un juicio declarativo ; surge de la necesidad de conceder a las partes la posibilidad de usar de todos los medios legales de ataque y defensa, sin limitar la cognición del Juez, aplicando plenamente el principio de contradicción, antes de que pueda recaer una sentencia que haya de dar lugar a la cosa juzgada definitiva.

C) En principio, las fases A) y B), juegan *alternativamente* ; si no surge oposición, la fase de cognición queda eliminada (112) ; si se formula la oposición en tiempo y forma, no habrá lugar a agotar la fase ejecutiva inicial, porque en este caso la ejecución tendrá por base una sentencia judicial recaída en un proceso de cognición (en la fase a o b), es decir, en todo caso se ejecutará una *nueva* resolución cuyo contenido puede ser completamente distinto al que hubiese servido de base a la ejecución inicial.

* * *

mentales del proceso de ejecución». *Revista de Derecho Privado*, página 84. 1945.)

(110) Pero la *sumariedad* toma otro sentido en la práctica medieval italiana. Los juicios sumarios indeterminados tenían (y tienen) carácter plenario en cuanto permitían (y permiten hoy en nuestro Derecho) un conocimiento completo del asunto, por lo que conducen a una cosa juzgada imposible de revocar en otro juicio ulterior. Las exigencias del comercio jurídico acucian hasta pedir que *determinadas* cuestiones sean tratadas con mayor celeridad, aun a costa de limitar los medios de ataque y de defensa, y, por consiguiente, el conocimiento del Juez. Se abre paso entonces el *juicio sumario determinado*, en el que, a cambio de la rapidez con que resuelve (o debe resolver) el Juez, la *sentencia* no produce efectos de cosa juzgada permanente, sino que puede revocarse en un juicio plenario ulterior. (LEONARDO PRIETO CASTRO : «Cuestiones de Derecho Procesal», página 177. 1947.)

(111) «...se tratará de un proceso de cognición abreviada, ni más ni menos que lo eran aquellos otros en que la alegación de las excepciones quedaba limitada a los supuestos de *fácil demostración*» (MANUEL DE LA PLAZA. Artículo y Revista citados, pág. 84.)

(112) «...por eso, cuando la oposición en potencia no se formule, los Tribunales actuarán ejecutivamente por la sola virtud del título, y en

Cuando tratamos de precisar, el mecanismo a través del cual la ley priva al titular registral de los beneficios derivados de la presunción legitimadora, declarando la inexactitud del Registro y condenando al titular registral en una sentencia que haya de producir la cosa juzgada definitiva, parece que, dentro de nuestro Derecho positivo general, es posible llegar a inducir *dos soluciones diferentes*. Es indiscutible que el titular registral puede actuar desde dos ángulos distintos, eso es, de buena o de mala fe; y si bien es cierto que en el segundo caso no merece que la ley se desvele en proporcionarle soluciones favorables, no acontece igual en el primero; pero como resulta que la buena fe se presume y la mala fe sólo se manifiesta *a posteriori*, es evidente que el único medio de defensa posible *a priori*, contra su actuación dolosa y de mala fe, está en trocar la ganancia que ésta pudiera proporcionarle en pérdida, estableciendo enérgicas sanciones pecuniarias para el caso de que *a posteriori* se demuestre y declare su mala fe, porque cuanto más se avance en el terreno relativo a descartar la hipótesis de la mala fe, más se habrá facilitado el presupuesto que permite otorgar unas mayores garantías procesales al titular registral.

1. *Las garantías posibles*.—Si en el plano meramente ideal concebimos un sistema que llevase la protección del titular registral hasta sus últimas consecuencias, posiblemente hallaríamos que, para llegar a condenarle en una sentencia definitiva, se exigirían dos resoluciones judiciales dictadas en dos períodos procesales diferentes:

1.º *Fases*.—A) En la primera fase, una vez justificado por la certificación del Registro el derecho del titular registral, la parte contraria sólo podría obtener una resolución que declarase la existencia de inexactitud registral, pero sin determinar su alcance ni sus efectos, salvo con la conformidad del titular según el Registro; no estarían limitados los medios de ataque y defensa del contradictor ni la cognición del Juez; el objeto de esta fase sería el de hacer descender al titular registral de la situación privilegiada en que le coloca la presunción legitimadora.

B) En la segunda fase existiría un proceso de cognición ba-

tonces, estaremos en presencia de un proceso de ejecución propiamente denominado así, aunque esté un tanto matizado por la previa intimación en forma de emplazamiento. (MANUEL DE LA PLAZA. *Idem*, pág. 84.)

sado en el principio de contradicción e igualdad de las partes en el proceso; en ella se resolvería el fondo del asunto, se determinaría el alcance y efectos de la inexactitud del Registro, o se declararía el derecho del titular registral, si así procediere por razón del título y demás medios de prueba que hubiese aportado en la segunda fase.

2.º *Efectos que se consiguen.*—Como no es ningún imposible que la presunción legitimadora quede destruída a pesar de existir efectivamente en la realidad jurídica el derecho real a que la inscripción se refiera —piénsese en el caso de nulidad formal de la inscripción demostrada por el contradictor, por ejemplo—, es evidente que el titular registral no se puede confiar al Registro —probando con la sola certificación registral—, si no se le garantiza la seguridad de que, en caso de que la primera resolución le sea desfavorable, podrá acudir a otro procedimiento posterior en el cual podrá aducir el título y cuantas pruebas le puedan interesar, puesto que, si estando subsistente la presunción legitimadora, directa o indirectamente se le fuerza a utilizar tales medios de prueba, *para él pierde toda la utilidad práctica aquella presunción*, porque ha de proceder prácticamente como si no existiera, si es que está amenazado con la posibilidad de que recaiga una resolución contraria y definitiva, antes de tener ocasión de presentar y hacer valer aquellos medios de prueba.

2. *Derecho positivo.*—Al examinar la legitimación para el tráfico jurídico llegamos a la conclusión de que el destinatario de la presunción legitimadora no era propiamente el titular registral, si bien era éste el que se beneficiaba de sus consecuencias, puesto que el propio titular registral *no debía presumir nada*, sino que sabía o debía saber la extensión, condiciones y limitaciones con que le pertenecía el derecho inscrito, debiendo ajustar su conducta a las normas de derecho material aplicables al caso (en caso de duda puede obtener una resolución que defina el derecho). Al relacionar este presupuesto legal con las distintas normas procesales con que se puede combinar, dentro de nuestro Derecho positivo, se puede llegar a dos soluciones diferentes:

1.º *Primera solución.*—Si respecto del titular registral, la presunción legitimadora sólo y exclusivamente produce el efecto *reflejo indirecto* que dejamos expuesto, su mecanismo de actuación y extinción vendrá a ser el siguiente:

A) Esgrimida como arma defensiva u ofensiva y aportada la correspondiente certificación del Registro, el titular registral sólo podrá invocar la presunción al efecto de vincular al Juez y a la parte contraria a la observancia del Derecho objetivo, es decir, a la observancia de las normas legales que establecen aquella presunción y regulan sus efectos.

B) La presunción legitimadora no tendrá la virtualidad de alterar ni modificar para nada las reglas reguladoras del procedimiento entablado, ni propiamente influirá sobre ellas.

a) Si la prueba de la parte contraria no llega a desvirtuar la presunción, el fallo habrá de ser favorable al titular registral, en cuanto a los extremos debatidos que estén comprendidos en el ámbito de la presunción; pero, si en un juicio declarativo, en contradicción con la prueba contraria, llegase a prevalecer ésta sobre la prueba del titular registral consistente en la aportación de la simple certificación registral, se producirían los efectos propios del juicio declarativo de que se tratase.

b) Para que el Juez pueda declarar la inexactitud del Registro y el fallo haya de ser acatado por el titular registral, sólo tendrá la limitación de que habrá de preceder al fallo la prueba de la inexactitud registral, siempre que se hayan cumplido además las reglas del juicio correspondiente.

c) Sobre esta base el titular registral no podrá alegar el haber sido juzgado con falta de los principios procesales de contradicción y de igualdad de las partes en el proceso, porque la presunción legitimadora habrá sido eliminada con arreglo a todas las garantías y reglas de la ley reguladora del procedimiento; ésta no había puesto limitaciones a la facultad de probar del titular registral, y si efectivamente no probó con todos los medios legales a su alcance, sólo a sí mismo se debe imputar la responsabilidad que de ello se derive: la presunción legitimadora no le atribuye a él, directamente, ninguna facultad especial, excepto la de invocar el Derecho objetivo.

d) La presunción legitimadora y los demás medios de prueba se hallan colocados en función *alternativa*: si sólo prueba mediante la certificación registral, pierde la oportunidad de aducir después el título y los demás medios de prueba que se hubiese podido procurar; y si desde el primer momento presenta y propone esos medios de prueba, ¿de qué le sirve el tener la presunción legitimadora que

redunde indirectamente a su favor? Sin la necesidad de establecer tal presunción y con los mismos medios de prueba aducidos, no se hubiese alterado para nada el resultado del juicio. Esta presunción —dice SANZ—, tiene un valor práctico muy limitado. En primer lugar, es indudable que interesa más al propietario reivindicante apoyarse sobre la realidad de su título inscrito que sobre la simple presunción; por ello, únicamente tendrá interés apoyarse en ésta en caso de no haber título, por tratarse de inscripciones practicadas en virtud de expediente de dominio, o de haber desaparecido, supuesto poco probable dadas las garantías de conservación de los archivos notariales y judiciales (113).

2.º *Segunda solución (Ley Hipotecaria).*—Si los asientos relativos a los derechos inscribibles están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por esta Ley (art. 1.º de la Ley) y si la presunción de exactitud se extiende a todos los efectos legales (art. 38), y si, efectivamente, según determinaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, «no puede darse a la inscripción, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada» (114), es evidente que la situación del titular registral que *inicia* el procedimiento será análoga a la de la persona que ha obtenido una sentencia favorable que no produce la excepción de la cosa juzgada definitiva, pero cuya sentencia la ley permite ejecutar si se cumplen las condiciones que para ello exige (115).

Si éste es efectivamente el valor que la Ley Hipotecaria concede a la inscripción a efectos procesales, es evidente que la actitud lógica del titular registral en tal supuesto, será la de solicitar la ejecución de la que podemos llamar su «sentencia provisional», porque en este caso no existe propiamente un plazo; cuyo transcurso unido a la inacción de la otra parte haya de convertir aquella «sentencia provisional» en definitiva y firme, sino que, al revés —en esta

(113) Obra y tomo citados, págs. 327 y 328. Nota 9.

(114) El asiento vigente, no contradecido, suple provisionalmente una declaración de derecho y, como si se tratase de una sentencia, genera por sí solo un proceso de ejecución, que únicamente se puede impugnar, dentro del mismo procedimiento, mediante una demanda de contradicción, con causas tasadas y en la que el peso de la prueba ha de recaer sobre quien contradiga. (RAMÓN DE LA RICA. Artículo y Revista citados, pág. 105.)

(115) En cuanto al procedimiento del artículo 131, véase Roca Sastre: Obra citada. Tomo IV, págs. 767 y 768. En cuanto al extrajudicial: Obra citada. Tomo I, pág. 269. Tomo IV, págs. 736 y 737.

situación, o sea, mientras permanezca inactivo—, será el transcurso del tiempo el que actuará en contra suya y, en su caso, podrá computarse en el plazo de prescripción a consumir contra el Registro. El objeto de su actuación, sólo puede ser *avanzar* hacia el fin de obtener la efectividad del derecho inscrito a su favor, es un procedimiento semejante al de ejecución de una sentencia (116), y, demostrada la existencia y subsistencia sin contradicción de la inscripción, comprobado por el Juez, tras breve examen, que se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley, a través de la solicitud y los documentos presentados al efecto, en que se relacionen los hechos o situaciones que lesionen o perturben el ejercicio del derecho real inscrito, se designe a la persona o personas que los hubiesen realizado y, si emplazadas éstas (117), no formulan oposición en tiempo y forma, el Juez dictará la resolución procedente, concediendo la ejecución en su caso. En este supuesto, es la conducta de la persona contra quien se dirige el procedimiento la que facilita la ejecución, puesto que en cierto modo la consiente, sea de modo expreso (allanamiento), tácito o presunto (falta de oposición en tiempo y forma) (118). Pero como aquella equiparación de efectos (de la inscripción con los de una sentencia provisional) se ha efectuado *a priori*, es decir, sin que haya mediado una fase previa de controversia propia de un proceso de cognición, la persona contra quien se dirige el procedimiento puede hacerlo *retroceder* o reponerlo en una fase de cognición que pretendía eludir. Para el titular registral que lo promueve se trata de un procedimiento predominantemente

(116) Si la primitiva fase de ejecución fuese ineludible en su totalidad y regulando formalmente aparte el posible *retroceso* hacia las fases de cognición, acaso hubiese resultado adecuada la primitiva denominación de procedimiento de ejecución de sentencia; pero dada la regulación vigente, aquella denominación o, simplemente, la de proceso de ejecución, no resultaría adecuada, puesto que implicaría el calificar el procedimiento por una sola de sus posibles fases.

(117) Aunque el artículo 41 dice que serán «emplazadas» las personas contra las cuales se siga el procedimiento, dicho término es empleado, no en sentido propio, sino como una *citación para la ejecución*, a la manera de la *citación de remate* del procedimiento ejecutivo ordinario, puesto que mal puede considerarse como *emplazado* quien si se opone debe formular *demandas* de contradicción. (ROCA SASTRE. Obra citada. Tomo I, pág. 300. Nota 1.)

(118) «Y es que la naturaleza del procedimiento que nos ocupa es, a nuestro entender, híbrida o mixta. Ni proceso de ejecución ni de cognición puros...» (ENRIQUE DEL VALLE, FUENTES: «Consideraciones sobre la Ley reformadora de la Ley Hipotecaria». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, pág. 12. 1946.).

ejecutivo, pero como no se basa en una sentencia firme, la persona contra quien lo dirige, al verse atacada, a su vez puede atacar, con lo que el procedimiento adquiere un cierto carácter provocatorio (119) que le distingue de los procedimientos ejecutivos fundados en una sentencia firme. Su particularidad radica en una especial combinación de elementos dispersos que, perfectamente unificado en una asociación de ideas, se adapta plenamente al supuesto específicamente contemplado. Y, cuando pasamos a examinar la solución dada por la legislación hipotecaria a la cuestión planteada, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

A) *Fases*.—a) La situación del titular registral que promueve el procedimiento examinado, viene a coincidir con aquella que es propia del ejecutante en un proceso de ejecución; si no llega a surgir oposición, este procedimiento seguirá hasta cumplir su fin normal.

b) Si la persona contra quien se sigue dicho procedimiento, formula oposición en tiempo y forma y, por tanto, adopta una posición activa, a su instancia se entra en un proceso de cognición, en el que asume el papel de demandante (paralelo al del recurrente contra una sentencia no firme), se habrá de formular la correspondiente *demandade contradicción*; el ejecutante en el procedimiento que se suspende, pasa a ser demandado en el proceso de cognición. La sentencia recaída no produce la excepción de la cosa juzgada, puesto que cabe promover después el juicio declarativo correspondiente.

B) Los procedimientos del artículo 131 de la Ley y el ejecutivo extrajudicial, tampoco impiden el juicio declarativo ulterior.

C) De lo que dejamos expuesto se infiere que la solución que es aceptada por nuestra legislación hipotecaria, es equidistante o intermedia entre las dos anteriormente examinadas.

a) Cuando es el titular registral el que promueve el procedimiento, la Ley distingue dos fases posibles por lo menos —una de tipo ejecutivo y de cognición, la otra, la cual, en el procedimiento del artículo 41 se divide en dos—, y, al situarlas en función sucesiva, le da la seguridad de que, en caso de que la primera resolución le sea desfavorable, no podrá ser condenado por una sentencia definitiva que dé lugar a la cosa juzgada, sin haber sido vencido antes en un juicio de cognición, en el que podrá hacer valer cuantos medios de prueba tenga en su poder o se pueda procurar; eso es,

(119) Véase SANZ: Obra y tomo citados, págs. 341 y 342. ENRIQUE DEL VALLE. Artículo y Revista citados, pág. 13.

precisamente, lo que *le permite confiar en la presunción legitimadora* en la primera fase.

b) En cambio, cuando el titular registral es demandado, en virtud del traslado de la demanda y copias de los documentos que la acompañen, queda previamente enterado de la posición jurídica de la otra parte, conociendo los hechos y fundamentos legales de la posición adoptada en la demanda, y en caso de que se ataque el Registro, queda prevenido de que no debe confiar en la presunción legitimadora, desde el momento que la demanda se dirige a destruirla, y de que, desde el primer momento, debe aducir al proceso todos los medios de que disponga, a efectos defensivos, ofensivos y probatorios. En este caso, la previa determinación de la posición jurídica del que ataca a la presunción legitimadora evita *a priori* la necesidad de la doble resolución judicial a que aludimos en el primer supuesto examinado.

D) Las conclusiones a que lleva la Ley Hipotecaria son altamente progresivas si las comparamos con aquellas a que llegamos en el segundo supuesto, toda vez que permiten aumentar notablemente los efectos *reflejos* favorables al titular registral; sin embargo, igual que en el supuesto precedente se sigue tratando de efectos *reflejos*, porque tales efectos se producen con plena independencia de la persona del titular registral (elemento subjetivo), aunque sea él el que se beneficie *indirectamente* con ellos, ya que, efectivamente, tales efectos surgen cuando se otorga a la inscripción (elemento objetivo-formal) un valor igual al de una sentencia provisional.

E) En suma, en el ámbito de la legislación hipotecaria no es posible —salvo si hace renuncia o dejación de sus derechos— que el titular registral que de buena fe confía en la presunción legitimadora y en el Registro —siguiendo la gradación de procedimientos que hemos examinado y aunque inicie el procedimiento aduciendo el mínimo de elementos probatorios legalmente exigido—, pueda verse sorprendido con una sentencia que, produciendo la excepción de la cosa juzgada definitiva, declare la inexactitud del Registro y le condene. De aquí surgen los dos corolarios procesales que siguen para que pueda recaer una sentencia que produzca los efectos dichos se requiere:

a) Positivamente, que el titular registral, aunque se haya escu-

dado en la presunción legitimadora, haya tenido ocasión de alegar y probar cuanto a su derecho convenga en un proceso de cognición (vigencia del principio de contradicción).

b) Y negativamente, no puede recaer aquella sentencia sin que el titular registral, apercibido de que efectivamente se iba a producir la prueba contraria o de haberse ya realizado, y conociendo los extremos controvertidos, haya tenido ocasión de alegar y probar en la misma extensión en que lo hubiese podido hacer, si no hubiese tenido en ningún momento una presunción legitimadora a su favor.

JUAN TRIAY SANCHO

Doctor en Derecho

(Concluirá.)