

Los asientos del Registro y la legitimación del titular para el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria

SUMARIO: I) La resonancia del artículo 41.—II) Planteamiento.—III) Las anotaciones preventivas en general.—IV) Las anotaciones por suspensión o por imposibilidad del Registrador.—V) Notas marginales.—VI) Menciones.—VII) Inscripciones.—VIII) Excepciones a la regla general sobre inscripciones.—CONCLUSIONES.

I) La resonancia que en la práctica tienen las leyes de carácter general, cual la Hipotecaria, a cada una de sus sucesivas reformas, suele polarizarse en uno o varios de sus aspectos que dan la tónica a la reforma entera. El fantasma de la falsedad de los títulos inscritos como posible causa de invalidación del título posterior inscrito, pudo preocupar a la doctrina y suscitar polémicas a propósito de la Ley de 8 de febrero de 1861 (1); pero fué la creación del expediente posesorio, simplificado luego por el Real decreto de 25 de octubre de 1867, lo que llevó y trajo aquella venerable ley, en éxito alarmante, según frase de ROCA (2), hasta el más remoto de los Juzgados rurales de nuestra España. Los problemas de la legitimación registral conexos a la presunción posesoria, fueron tema de preocupación cardinal de los juristas al plantearlo la reforma hipotecaria de 21 de abril de 1909; pero su resonancia práctica se manifestó a través del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131, reforma la mejor acogida por el vulgo jurídico y aquella cuya ventaja se notó de una manera inmediata, según dijo CAMPUZANO (3). Y esta última Ley de 8 de febrero de 1946, que tanto ha contribuido a le-

(1) ROCA: «Derecho Hipotecario», 1948, tomo I, pág. 512.

(2) Ob. cit., tomo I, pág. 535.

(3) «Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria», 2.ª edición, 1945, tomo I, pág. 77.

vantar la preocupación por los problemas hipotecarios, ha suscitado, sí, magistrales estudios y polémicas animadas, a veces sobre temas interesantes siempre, pero de escasa trascendencia práctica, como los de la «usucapión contra tabulas» (4); mas lo que la caracteriza, lo que la lleva y la trae por los pasillos, despachos y estrados, entre clientes y curiales, es el original procedimiento que ha creado el artículo 41. Razón tenía AZPIAZU (5): Hoy por hoy, el artículo 41 es la Ley Hipotecaria. Hoy por hoy; no sólo en cuanto a la eficaz tutela de los derechos que viven tras la fortaleza del Registro, si se quiere, tras el burladero, según el pintoresco término de GONZÁLEZ PALOMINO (6); sino que en manos curialescas, este procedimiento, que es la médula del sistema hipotecario, como afirma LA RICA (7), es la gran panacea procesal, siempre recetada y siempre útil, moderno antibiótico que acabará con los viejos remedios de la reivindicación ordinaria, del interdicto, del precario e incluso del desahucio mismo (8).

Todo esto justifica el interés que teóricos y prácticos vienen consagrando al artículo 41 y lo copiosa de su literatura (9). Nosotros no vamos propiamente a contemplarlo directamente, sino que, desde él, contemplaremos los asientos del Registro en cuanto determinan la legitimación del titular correspondiente para actuar mediante el procedimiento elaborado en dicho artículo.

II) Según el artículo 41 podrán ejercitarse por el procedimiento

(4) «Todavía no se ha presentado una persona que me haya dicho: "he adquirido mi finca por prescripción"» (LÓPEZ PALOR: *Prólogo a la obra de A. SANZ, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria»*, 1945, pág. 7).

(5) «Criterios de autoridad (Notas sobre un tema manido)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, pág. 711.

(6) «La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, pág. 527.

(7) «Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico», *Información Jurídica*, mayo 1951, pág. 527.

(8) Se entiende que en fraude de la legislación especial arrendaticia, cosa puesta de relieve por FUENTES TORRE-ISUNZA («El artículo 41 de la Ley Hipotecaria», Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pág. 20) y GONZÁLEZ DELEYTO («El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Procesal*, año VI, pág. 429). Sale al paso de esa corruptela la Audiencia Territorial de Valencia en Sentencia de 11 de octubre de 1950 (*Revista General de Derecho*, abril-mayo, 1951, pág. 235).

(9) Puede versela en LA RICA «Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pág. 90, nota, y GONZÁLEZ DELEYTO: ob. cit. *in finem*, sin que, naturalmente, se agote.

que él señala las acciones reales procedentes de los derechos *inscritos*. Parece, pues, en principio, que sólo el asiento de inscripción legítima al titular registral para dicho procedimiento.

Sin embargo; si ese procedimiento es, como quiere la doctrina (10) y resulta de la misma exposición de motivos de la última Ley, el desarrollo procesal de la legitimación registral y justo corolario del artículo 38, que proclama la presunción, «iuris tantum» de exactitud del Registro, parece que allí donde entren en juego los efectos sustantivos del citado principio no deben excluirse sus consecuencias procesales. Y si la legitimación se extiende a los asientos que, no siendo inscripciones propiamente dichas, representen la función de una inscripción provisional de Derechos reales, el medio normal de ingresar éstos en el Registro o que por su contenido sean verdaderas inscripciones, como SANZ afirma (11), sería de todo punto lógico no privar al titular de tales asientos de las ventajas del procedimiento.

III) Por lo que toca a las anotaciones, autores como AZPIAZU (12) y PÉREZ VICENTE (13) han sostenido la posibilidad de que queden protegidas por el artículo 41, y, por supuesto, las de suspensión por defecto subsanable o por imposibilidad del Registrador. PÉREZ VICENTE, excluidas las anotaciones de créditos refaccionarios y de incapacidad, admite el libre arbitrio judicial para determinar en cada caso si las de demanda, las de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y alguna otra deberán ser o no protegidas por el artículo 41.

Pero no es cosa ahora de examinar a la luz de ese criterio todas y cada una de las anotaciones preventivas comprendidas en la minuciosísima y exhaustiva lista que nos dió CHACÓN (14). A primera vista parece que deben excluirse unos asientos como las anotaciones provisionales y transitorias, pues llamados a caducar o a convertirse en otros definitivos, debe esperarse a que ocurra uno u otro evento para atribuir o no a su titular las enérgicas defensas de un procedimiento privilegiado. Aparte de que esa misma provisionali-

(10) SANZ: Ob. cit., pág. 192.

(11) Ob. cit., pág. 187.

(12) «Las anotaciones preventivas tomadas por imposibilidad del Registrador». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pág. 754 y ss.

(13) «El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria». *Información Jurídica*, 1949, pág. 1.582.

(14) JUAN CHACÓN: «Anotaciones preventivas que establecen la Ley y el Reglamento Hipotecario». *Revista Crítica*, 1949, pág. 491.

dad del asiento obsta a que se les dé, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada, como quiere, en justificación de la reforma del artículo 41, la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Naturalmente que del juego protector de dicho precepto deben excluirse aquellas anotaciones respecto de las cuales no actúe con independencia el principio de legitimación o que, por su propia naturaleza, implican una *contradicción* a los derechos que aseguran, cuales las de demanda en sus más variadas formas, pues el derecho inscrito, *contradicido* a efectos del artículo 41 por la anotación de la demanda (15), *contradice* también al mismo derecho anotado: ambos se encuentran en entredicho ante los Tribunales de Justicia. Y deben ser asimismo excluidas aquellas otras que no son comprensivas de derecho alguno del que pueda nacer una acción real, como las de embargo, secuestro y prohibición de enajenar. O que estén fuera del juego de todos los principios hipotecarios, tales las de incapacidad.

En lo que concierne a las anotaciones preventivas de legados, si lo es de cosa determinada inmueble propia del testador, es cierto, conforme al artículo 882 del Código civil, que el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere; cierto es también que la doctrina sostiene que puede entablar la acción reivindicatoria contra todo aquel que tenga la cosa en su poder, pidiendo al heredero la cesión de acciones y la posesión y dominio de la cosa legada (16); esto es, pidiendo la entrega; pero entonces ha llegado el momento de que la anotación se cancele (artículo 206, número 7.º del Reglamento Hipotecario). Y respecto a la misma acción del legatario contra el heredero en orden a obtener la efectividad y entrega del legado, ni se entiende que tenga carácter real alguno (17), ni se alcanza la posibilidad, ni quizás la utilidad, de que pueda ejercitarse mediante el proceso que contemplamos (18). Todavía con mayor razón

(15) De seguir el punto de vista de LA RICA. Pero véase AZPIAZU: «Criterios de autoridad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, página 705 y ss., y allí (pág. 713) una interesantísima nota de CABELLO. Vid. nota final a este trabajo.

(16) VALVERDE: «Tratado» 4.ª ed., tomo V, pág. 336.

(17) CASTÁN: «Derecho Civil español común y foral», 1939, tomo I, volumen 2.º, pág. 399.

(18) DOMINGO ENRÍQUEZ: «El proceso de ejecución de las acciones reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, pág. 245.

deben excluirse las anotaciones preventivas de legados de otra índole, ya que, con independencia de las anteriores consideraciones, la anotación no refleja otra titularidad registral que la del legado en sí mismo, no la de la cosa legada, que todavía no existe hasta la entrega de ésta.

Deben asimismo ser excluidas del juego protector del artículo 41 las anotaciones preventivas de créditos refaccionarios y la de adjudicación de bienes ininuebles para pago de deudas, en cuanto comprendivas de simples derechos personales, cualquiera que sea la forma de su garantía (19).

Por lo que toca a la anotación preventiva del derecho hereditario, cierto es que la índole del derecho asegurado, por muy real que se le quiera ver (20), dificulta que actúe a través del artículo 41 (21). Con todo, pudiera cuestionarse si para que el heredero ejercite las acciones reales derivadas de los derechos inscritos a nombre del causante, es menester que anote su derecho hereditario. Y la respuesta debe darse negativa :

A) Si la oposición a aquellos derechos o la perturbación a su ejercicio tuvieron lugar en vida del causante, la acción nació ya entonces y se transmite al heredero por el solo hecho de la muerte de aquél (artículo 661 del Código civil), pudiendo cualquiera de ellos ejercitárla en beneficio de la masa común, incluso el cónyuge viudo (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1950), sin que para esto necesite obtener la representación voluntaria de los demás herederos (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1948). Basta que acredite el hecho de la sucesión a efectos de la legitimación *ad causam* en los términos prevenidos en el número 2.º del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

B) Si los hechos en que la oposición o perturbación consisten han acaecido en el lapso de tiempo que media entre el fallecimiento

(19) Otra cosa sería la justicia de que los titulares de estas anotaciones, así como los de las de embargo, fuesen asistidos de la acción de devolución, lo que para los de las últimas niega Roça (ob. cit., tomo III, página 478); y que dicha acción tuviere molde procesal adecuado en el artículo 41, como quiere SÁNZ (ob. cit., pág. 320, notá).

(20) Vid. en síntesis CASTÁN: Ob. cit., 7.ª ed., 1950, tomo II, página 36 y ss.

(21) Vid. PÉREZ VICENTE: Ob. cit., pág. 1.593 y ss.

y la aceptación, la solución vendrá dada por la que se dé a la titularidad de la herencia yacente (22), sin que a nadie se le ocurra pensar que el medio de hacer constar esa titularidad en el Registro sea la anotación del derecho hereditario, pues implicando ésta, respecto al heredero que la solicita, una forma de aceptar la herencia (23), con ella concluye su situación de yacente. De todos modos, sin la aceptación jamás estaría legitimado el llamado a la herencia para ejercitar acciones ni promover procedimiento alguno, pues antes de la aceptación no existe ningún derecho subjetivo sobre bienes, sino sólo situación de expectativa (24).

C) Si la perturbación o el despojo tuvieron lugar ya aceptada la herencia, pero no adjudicada todavía ; esto es, en la situación del que ha venido llamándose derecho hereditario en abstracto, no se ve tampoco la necesidad de su anotación a los efectos que examinamos, cualquiera que sea la postura que se adopte en orden a la naturaleza de aquel derecho (25): Pues una cosa es evidente : la titularidad que la anotación constata es harto distinta de la que refleja la inscripción de los bienes a nombre del causante. A lo sumo la anotación vendría a legitimar al heredero para la defensa de su titularidad, que hay que identificar con su misma cualidad de heredero ; pero esa defensa sería con la *petitio hereditatis*, que es, como dice CASTÁN, una acción universal por su ejercicio, más bien que una verdadera y propia acción real ; tendiente, más que a otra cosa, al reconocimiento de la propia cualidad de heredero y, sólo por consecuencia, a la reivindicación de las cosas y restitución de los derechos

(22) ROCA : Ob. cit, tomo II, pág. 234. Los problemas de legitimación procesal activa en los casos de herencia yacente, en algunos otros de delación retardada, así como en los supuestos de herencia en administración, pueden ser interesantes. Para estos últimos, vid. M. GITRAMA : «La administración de herencia en el Derecho español», un vol., 1950, en especial, página 251 ; para la herencia yacente, vid. RODRÍGUEZ-VALCÁRCEL : «Cuestiones procesales en orden a la herencia yacente». *Revista de Derecho Procesal*, julio-agosto-septiembre 1947.

(23) ROCA : Ob. cit., tomo II, pág. 562.

(24) NÚÑEZ LAGOS : «El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil (páginas de un prólogo)». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1951, pág. 416.

(25) ROMERO CERDEIRIÑA : «En torno al concepto del derecho hereditario». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V.

hereditarios (26), por cuya razón debe ser excluída del procedimiento del artículo 41, como afirma ROCA (27):

Excluída así, en este supuesto, la anotación preventiva del derecho hereditario, puede pensarse que basta la inscripción que existe a nombre del causante para que el heredero actúe a través del procedimiento del artículo 41, sobre la base de este género de consideraciones:

a) Porque el juego de la *successio* en el sistema romano prevalente en nuestro Código civil, provoca la subrogación de los herederos en la total posición del difunto, uniendo en íntima continuidad al heredero con su causante, según entiende ROCA (28).

b) Porque integrado el activo del patrimonio del causante por derechos, entre ellos se encuentran los inscritos con todo su juego de defensas. Y siendo la sucesión una modificación subjetiva que no afecta para nada a la identidad objetiva del patrimonio, y el heredero el nuevo titular de la unidad patrimonial que a la muerte del *de cuius* queda vacante, el que evita la dispersión de las relaciones jurídicas del patrimonio sustituyendo al difunto en la titularidad del mismo (29), puede aquél ejercitar las acciones que hubieran correspondido al causante como si éste no hubiera dejado de existir.

Mas, desde un punto de visto práctico, pudiera negarse a los herederos la posibilidad de actuar por el procedimiento del artículo 41 hasta que inscriban la adjudicación de los bienes a su favor. Y es que no estaría de más exigir a los herederos, para gozar de las ventajas procesales ofensivas de la legitimación registral, el mismo requisito que para la disposición, fundamental efecto sustantivo de aquel principio: que inscriban previamente los bienes a su nombre (30).

d) Si los supuestos de hecho del artículo 41 ocurrieron ya adju-

(26) CASTÁN: Ob. cita., 4.^a cd., 1939, tomo I, vol. 2.^o, pág. 59.

(27) Ob. cit., tomo I, pág. 179. En el mismo sentido PÉREZ VICENTE: Ob. cit., pág. 1.593.

(28) Ob. cit., tomo I, pág. 753. Y en la pág. 236 afirma: «En cuanto a la presunción de titularidad o pertenencia del derecho inscrito, ella debiera necesariamente actuar, no sólo respecto del titular registral, sino también de sus herederos o sucesores, pues como una misma y sola persona son contadas la del causante y la de su heredero.»

(29) ORTEGA PARDO: «Heredero testamentario y heredero forzoso». *Anuario de Derecho Civil*, tomo III, fasc. 2.^o, pág. 326.

(30) Salvo los supuestos concretísimos del artículo 20.

dicada la finca, para nada ha de servir la anotación preventiva del derecho hereditario, cuya vida se ha extinguido (artículo 77 de la Ley Hipotecaria y 209 del Reglamento). Habría entonces un Registro inexacto que debe ser rectificado mediante el oportuno asiento de inscripción a favor del adjudicatario (artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

IV) Especial examen merecen sobre el particular, a que se contrae nuestro trabajo, las anotaciones preventivas por defecto subsanable o por imposibilidad del Registrador.

Para PÉREZ VICENTE (31) no cabe duda de que el titular de aquéllas puede actuar por el procedimiento del artículo 41. En igual sentido se produce AZPIAZU (32), para quien es evidente que, si mientras tales anotaciones subsisten producen los mismos efectos que las inscripciones, no puede negárseles el especial atribuido a éstas por el precitado artículo. Así es también la opinión de ROCA (33), seguido por FUENTES TORRES-ISUNZA (34).

Mas esto sería exacto si exacto también fuera predicar a dichas anotaciones los efectos mismos de la inscripción a la que tienden. Y siendo verdad que este es el punto de vista de un importante sector de la doctrina (35), sólo puede aceptarse con la salvedad que sigue: aquellos efectos en que coinciden la anotación y la inscripción no los produce aquélla en cuanto participe de la naturaleza de ésta, o como antípodo de los que la inscripción haya de producir, sino por su propia y peculiar naturaleza.

Es efectivamente cierto, pues lo dice el artículo 70 de la Ley Hipotecaria, que *cuando* la anotación se convierta en inscripción definitiva surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación. Pero *hasta* que la conversión se opere, esos efectos no se producen, y cuando se practique la inscripción, la anotación ha debido cancelarse (artículo 206, regla 11 del Reglamento). Pues si por aquello de que la inscripción retrotrae sus efectos a la fecha de la anotación debemos atribuir a ésta los efectos todos de aquélla, legitimando a su titular para actuar por el procedimiento del artículo 41, se

(31) Ob. cit., pág. 1.582

(32) Ob. cit., en nota 12, trabajo preferentemente dedicado al problema en relación con el artículo 41 de la anterior Ley.

(33) Ob. cit., tomo I, pág. 291.

(34) Ob. cit., pág. 8.

(35) ROCA: Ob. cit., tomo III, pág. 546.

deben agotar las consecuencias, diciendo lo mismo del asiento de presentación, a cuya fecha se retrotraen, en definitiva, los efectos de las inscripciones (artículo 24 de la Ley Hipotecaria).

La anotación preventiva por defecto subsanable o por imposibilidad del Registrador, tiene una finalidad concreta, y esta finalidad condiciona su fundamental efecto: que cuando se practique la inscripción los efectos de ésta se cuenten desde la fecha de aquélla (artículo 70). Es el mismo efecto que el del asiento de presentación, lo que hace decir exactamente a ROCA (36) que determinar los efectos de las anotaciones por suspensión equivale a determinar los efectos de los asientos de presentación.

Para garantía de aquel efecto primordial y como efectos derivados, estos otros dos que siguen: uno, atribuir al derecho anotado un rango prelativo o excluyente, según los casos (artículo 17 de la Ley Hipotecaria); otro, atribuir al anotante, y sólo a él, la facultad dispositiva a efectos registrales (artículo 20 de la misma). La Ley se cuida bien en ambos casos de comprender nominalmente a inscripciones y anotaciones.

No sería, pues, exagerado decir que ninguno de los efectos que condicionan el valor jurídico de la inscripción, magistralmente desarrollados por LA RICA (37), se producen hasta que la inscripción se practica, o sea, mientras la anotación subsiste. La anotación abre un paréntesis, creando un estado registral de pendencia como el de las condiciones suspensivas: con sus mismos efectos retroactivos, cuando la condición se cumple, y sin otros, mientras dure la pendencia, que los meramente conservativos o de seguridad.

Es por esa razón que por mucha que sea la impaciencia del anotante, ha de esperar el momento de la inscripción para acogerse a sus efectos, entre ellos los procesales del artículo 41. Son menores los inconvenientes que de la espera pueden seguirsele que los que habrían de acarrearse si después de actuar ofensivamente por un procedimiento privilegiado, la inscripción definitiva no pudiera practicarse. Y es que no deben, ciertamente, escatimarse los medios de reforzar y hacer plenamente eficaz la protección que da el Re-

• (36) Ob. cit., tomo III, pág. 546.

(37) Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia el 13 de marzo de 1948. Vid. amplia reseña de CÁNOVAS COUTIÑO en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, pág. 273 y ss.

gistro ; pero a situaciones firmes y consolidadas, severamente taminadas de una manera definitiva por la calificación del Registrador.

V) Quiere ROCA (38) que al referirse el artículo 41 a los *derechos inscritos*, se comprendan aquí, además de las inscripciones propiamente dichas, y de las anotaciones preventivas de suspensión relativas a Derechos reales, las notas marginales sucedáneas de los mismos asientos, en razón a que también están cubiertas por la presunción legitimadora del Registro. Pero excluidas las notas marginales sucedáneas de anotaciones, por las mismas razones expuestas antecedentemente, ¿cuáles son esas otras sucedáneas de inscripciones a las que se pueda aplicar el punto de vista de ROCA ? Notas marginales sucedáneas de inscripciones no encontramos de momento más que éstas :

1. Las de afección al pago del Impuesto de Utilidades (artículo 6.º del R. D. L. de 20 de mayo de 1925).

2. Las de hipoteca a favor del Estado en garantía del pago aplazado o fraccionado del Impuesto de Derechos reales (artículos 133 y 135 del Reglamento del Impuesto).

3. Las de asignación de bienes concretos para pago o su afección en garantía de legítimas (artículo 15 de la Ley Hipotecaria).

4. Las de subrogación en los derechos del acreedor hipotecario, conforme al artículo 118 de la Ley Hipotecaria (artículo 230 y 231 del Reglamento Hipotecario).

Resulta, pues, que tales notas o implican una afección de los bienes inscritos, que no legitima al titular de aquéllas para ejercitar acción real alguna de las que puedan encauzarse por el procedimiento del artículo 41, o responden a vicisitudes de un crédito garantizado con hipoteca o de la hipoteca misma, cuyas acciones excluye el mismo ROCA del citado procedimiento.

Pero, además, el carácter siempre accesorio de las notas marginales hace que respecto de ellas no juegue nunca con independencia el principio de legitimación. Ni siquiera es inteligible el contenido de la nota con separación del asiento principal que la lleve al margen. De donde, en todo caso, no es la nota la que legitima para el procedimiento ; es la inscripción marginalmente anotada o, si se quiere, la inscripción con su accesorio de la nota.

(38) Ob. cit., tomo I, pág. 291.

VI) En lo concerniente a las menciones, *descartadas* las de derechos legitimarios, que autoriza el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, por la índole especial de este derecho (39), por las acciones que le asisten y por el legitimado pasivamente frente a ellas, es cierto que están cubiertas por el principio de legitimación registral aquellas que sean el único medio de ingresar los Derechos reales en el Registro (40). Pero eso no quiere decir que deban afectarlas sus consecuencias procesales:

A) Las posteriores al 1.^o de julio de 1945 —fecha de entrada en vigor de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944— no producen efecto alguno (artículos 29 y 98). Desde que fué vigente el texto refundido de 8 de febrero de 1946, ni siquiera deben practicarse (artículos 9.^o, número 2.^o de la Ley, y 51, número 7.^o del Reglamento). Y si bien es cierto que a pesar de la prohibición no es un imposible metafísico el que pueda practicarse alguna, como concede ROCA (41), no produciría otro efecto que el psicológico.

B) Las anteriores al 1.^o de julio de 1945 han caducado todas (disposición transitoria primera, letra A) de la Ley Hipotecaria).

C) Debiendo el titular registral presentar con el escrito inicial del procedimiento una certificación del Registro que acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente, eso no sería posible nunca respecto de la mención (artículo 355 del R. H.)

En definitiva, como dice LA RICA (42): la obscura teoría de la mención registral ha pasado a la historia.

Esto por lo que atañe a las menciones propiamente dichas, a las menciones del artículo 29 de la Ley Hipotecaria derogada. Tratándose de las menciones que obedecen al concepto que de las mismas nos da SANZ (43), creemos con ROCA (44) que se trata de casos de

(39) Discutido, desde luego. Vid. VALLÉT DE GOYTISOLO: «Imputación de legados a favor del legitimario». *Revista de Derecho Privado*, abril 1948. FUENMAYOR: «Intangibilidad de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, tomo I, fasc. 1.^o ORTEGA PARDO: «Heredero testamentario y heredero forzoso». *Anuario de Derecho Civil*, tomo III, fasc. 2.^o, pág. 336 y ss.

(40) SANZ: Ob. cit. pág. 187.

(41) Ob. cit., tomo III, pág. 369.

(42) «La reforma hipotecaria: su contenido y alcances». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pág. 95.

(43) Ob. cit., pág. 210 y ss.

(44) Ob. cit., tomo III, pág. 347; nota.

verdaderas inscripciones, que han de recibir el mismo tratamiento que el de las hipotecas unilateralmente constituidas (artículo 141 de la Ley Hipotecaria), y habría de esperarse la aceptación del favorecido hecha constar marginalmente (45).

VII) A propósito del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, hay pues que referirse solamente al supuesto de las inscripciones. Y es que, con independencia de las consideraciones que anteceden, el pre-citado artículo requiere que las acciones reales a que sirve de vehículo procedan de los *derechos inscritos*. A mayor abundamiento, el artículo 137 del Reglamento, cuando en la regla segunda exige que se exprese en el primer escrito el título adquisitivo del titular registral, habla concretamente de *su inscripción en el Registro*, sin que quepa dar aquí a ese concepto la comprensión amplísima con que se toma en el artículo 41 del Reglamento mismo, haciendo únicos los términos inscripción y asiento. Finalmente, en el mismo sentido parece producirse la Exposición de Motivos de la última Ley.

Y dentro del campo de las inscripciones, excluídas naturalmente las de incapacidad, debe centrarse el examen en las inscripciones de inmatriculación, ya que las de posesión o las arrendaticias, por más que sea dudoso y controvertido si pueden sus respectivos titulares acogerse o no al procedimiento del artículo 41, las dudas arrancan, no del asiento mismo, sino de la índole especial del derecho que publica (46). Lo mismo debe decirse de la inscripción del derecho de opción autorizada por el artículo 14 del Reglamento (47).

(45) Sobre posibilidad de estas inscripciones, véase ROCA: Ob. cit., tomo I, pág. 643 y tomo IV, pág. 339 y ss.

(46) Sobre inscripciones de posesión y acciones posesorias en relación con el artículo 41, vid. ENRÍQUEZ LÓPEZ: «El proceso de ejecución de las acciones reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, pág. 246; GIMENO GAMARRA: «La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41», en la misma Revista, año 1947, pág. 679; PÉREZ VICENTE: Ob. cit., página 1.576, y MORENO MOCHOLI: «El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Privado*, 1948, pág. 1.085. Sobre inscripción de arrendamiento y el mismo artículo, vid. PÉREZ VICENTE: Ob. cit., pág. 1.573 y ss. y VALLET DE GOYTISOLO: «Hipoteca del derecho arrendatario», un vol., 1951, pág. 36 y ss.

(47) ROCA: Ob. cit., tomo III, pág. 24; LA RICA: «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», 1.^a parte, pág. 23 y ss.; URIARTE BERASATEGUI: «Revisión de ideas. VI. Opción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, pág. 461 y ss.; MEZQUITA DEL CACHO: «El pacto de opción y el derecho que origina», en la misma Revista, febrero, marzo y

Ha sostenido SANZ, primero en sus *Comentarios* (48) luego en sus *Instituciones* (49), que deben excluirse del juego protector del artículo 41:

A) Las inscripciones de inmatriculación cuyos efectos estén suspendidos por dos años y las que deriven de ellas durante ese mismo plazo. Razón: no gozan de los beneficios de la legitimación registral.

B) Las inscripciones practicadas en virtud de expediente de dominio o acta de notoriedad, si falta el título. Y siempre que los bienes sigan inscritos a favor del que obtuvo la inmatriculación. SANZ encuentra un apoyo para su tesis en el artículo 137 del Reglamento, que exige presentar al Juzgado, además de la certificación del Registro que acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente, el título adquisitivo.

Con menor radicalismo, en cuanto a las premisas, también VALLET DE GOYTISOLO excluye del procedimiento del artículo 41 las inscripciones de inmatriculación (50).

Pero estos puntos de vista no parecen que sean admisibles, y han sido brillantemente refutados por AZPIAZU (51) y CABELLO DE LA SOTA (52). Y, en efecto, no cabe distinguir donde la Ley no distingue, y esa distinción no la hace la Ley. Como determina el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro —entre ellos las inscripciones de inmatriculación— producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Esos efectos son los que señala la Ley, sin otras excepciones que las de la Ley misma. Y esas excepciones, tratándose de inscripciones de inmatriculación, no parecen ser más que las dos siguientes: una, no juega respecto de

abril de 1951 y con especial relación con el artículo 41 en este último número, pág. 265.

(48) Ob. cita., pág. 319.

(49) «Instituciones de Derecho Hipotecario», 1947, tomo I, pág. 345.

(50) «Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, pág. 465 y ss., y en especial, pág. 476.

(51) «Con motivo de la publicación de un libro notarial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pág. 847 y ss., y «Para alusiones. Algunos aspectos del proceso de ejecución instaurado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en la misma Revista, 1948, pág. 105 y ss.

(52) «Efectos de las inscripciones de inmatriculación». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, tomo V, pág. 591 y ss. También en contra de SANZ se produjeron ya DE CASSO: «Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad», 1946, un vol., pág. 227 y ss., y ALONSO FERNÁNDEZ: «La inmatriculación de fincas mediante el título público de adquisición». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Mayo de 1945.

ellas la fe pública del Registro, porque el titular de aquéllas no ha adquirido de un titular registral antecedente (artículo 34); otra, las inscripciones practicadas al amparo de los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria —y artículos 11 y 12 del Reglamento— no surten efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años de su fecha (artículo 207).

Sobre quien sea ese tercero y qué efectos respecto de él, se niegan a estas inscripciones, mucho ha debatido la doctrina (53). Y aunque en la legislación hipotecaria existen materias siempre en penumbra y por eso sugestivas siempre, puede y debe admitirse con CABELLO (54) que ese tercero no es más que el tercero hipotecario; el subadquiriente del titular del asiento inmatriculador; quien, normalmente, si adquirió a título oneroso, pasaría a ser el tercero inexpugnable del artículo 34 si no hubiera la excepción del artículo 207, establecida precisamente por la Ley en cuanto considera, como observa NÚÑEZ LAGOS (55), que toda inmatriculación de fincas en el Registro puede encerrar un despojo.

Las inscripciones de inmatriculación, pues, quedan excluidas del juego protector de la fe pública respecto del inmatriculante siempre, y aquellas comprendidas en el artículo 207 de la Ley, también respecto de terceros adquirentes durante el plazo de dos años. En el artículo 207 no debe verse más que una excepción del artículo 34, y en ese sentido también lo estudia ROCA (56); pero no debe sostenerse, como lo hace SANZ, que tampoco actúa respecto de aquellas inscripciones el principio de legitimación registral, pues cualquiera que sea la importancia que, según SANZ, deba darse al título, no debe olvidarse, como observa ROCA (57), que en su función legitimadora la inscripción se sustantiviza y adquiere consistencia específica con entera independencia del título que la produjo, e incluso de si insólitamente se practicó sin título. Por eso ha dicho muy bien FUENTES

(53) Pueden verse las distintas posiciones doctrinales en CABELLO: Ob. cit. También REZA: «Falsas posiciones en la interpretación de los artículos 34 y 207 de la Ley Hipotecaria». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, pág. 332 y ss., la réplica de VALLET DE GOYTISOLO: «Aclarando posiciones», en la misma Revista y año, pág. 514 y ss., y, en fin, NÚÑEZ LAGOS: «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, pág. 589.

(54) Ob. cit., pág. 607.

(55) Ob. cit. últimamente, pág. 589.

(56) Ob. cit. tomo I, pág. 490 y ss.

(57) Ob. cit., tomo I, pág. 290, nota.

TORRE-ISUNZA (58) que la presunción legitimadora protege a la inscripción en sí misma considerada ; es decir, aunque sea una apariencia formal vacía de contenido real, ya que no existe precepto alguno, legal o reglamentario, que sirva de apoyo a la opinión contraria.

Sin embargo de lo expuesto, cuando se trate de una inscripción de inmatriculación en virtud de expediente de dominio o acta de notoriedad, no habiendo título, la exigencia del artículo 137 del Reglamento de que al promover el procedimiento se presente el título adquisitivo, parece que obsta a que puedan utilizarlo los titulares de aquellas inscripciones, sin que baste decir, como FUENTES TORRE-ISUNZA (59), que esto no tiene otro alcance que satisfacer la necesidad de que los Tribunales puedan conocer la litis con el máximo de antecedentes, ya que siempre queda en pie saber si esa necesidad es tan ineludible satisfacerla con ese medio, que sin él no pueda entrarse en el proceso. Téngase en cuenta que el artículo 137 del Reglamento dice : «también se acompañará el título adquisitivo» ; pero no añade «si lo tuviere», como a propósito del expediente de dominio apositilla el artículo 201 de la Ley (60).

En nuestro sentir, sobre este punto se ha excedido el Reglamento : a los Tribunales debe bastar el contenido del Registro que la certificación refleja para poner en marcha o no el procedimiento. Unido esto a que la Ley Hipotecaria no exigió aquel requisito y los absurdos que podrían seguirse (61), no debe darse una importancia grande al mismo. Según MORENO MOCHOLI (62), bastaría que el actor afirme en su demanda que no puede presentar el título adquisitivo, expresando la razón de ello, para que deba darse curso a aquélla, sin perjuicio de que la falta de dicho documento pueda perjudicar a la prueba que el demandante tuviera que ofrecer, y éste sufra en todo caso las consecuencias estatuidas para semejante supuesto por la Ley de Enjuiciamiento civil, o sea, la no posibilidad de presentación si no lo hizo con la demanda, salvo los casos excepcionales que la expresada prevé.

(58) Ob. cit., pág. 8.

(59) Ob. cit., pág. 9.

(60) Sobre título y artículo 41, véase la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, de 23 de diciembre de 1950 (*Revista General de Derecho*, febrero, 1951, pág. 113).

(61) Puestos de relieve por CABELO, ob. cit., pág. 615.

(62) Ob. cit., pág. 1.092.

Debe, pues, concluirse afirmando con LA RICA (63) que sea inscripción originaria o derivativa, de título *inter vivos* o *mortis causa*, de *inmatriculación* o de sucesivo trámite, producidas por una escritura o por expediente de dominio o acta de notoriedad, siempre que esté vigente y sin contradicción alguna, será suficiente para incoar el procedimiento.

Y ese es el punto de vista que, con relación a las inscripciones de inmatriculación, y aunque no fuera más que por las consideraciones de índole práctica que apunta CABELLO (64), se está abriendo paso en los Tribunales de Justicia (65). El Tribunal Supremo cubre esas inscripciones con la presunción legitimadora, no empieze el artículo 207 de la Ley Hipotecaria (Sentencia de 31 de enero de 1950), y tiene declarado que el inmatriculante está legitimado para el desahucio (Sentencia de 19 de noviembre de 1949), incluso en precario (Sentencia de 31 de enero de 1950). Y la Audiencia Territorial de Valencia, tan progresiva siempre, ha declarado de forma terminante que el inmatriculante puede acogerse al procedimiento del artículo 41 (66), pues otra cosa —dice— conduciría a admitir la existencia de inscripciones dotadas unas de acción real motivadora del proceso de ejecución, y privadas otras de esa garantía; distinción que la misma naturaleza del proceso repele, ya que sus efectos son transitorios o provisionales en cuanto no produce excepción de cosa juzgada y deja a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión, según se dice en el párrafo final del mismo artículo 41.

VIII) Existen, sin embargo, dos excepciones a la regla general de la inscripción como asiento legitimador para el procedimiento del artículo 41, aunque más bien que excepciones son supuestos de aplazamiento o, mejor, de condicionamiento suspensivo de los efectos procesales: una, las inscripciones de inmatriculación practicadas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; otra, las inscripciones referidas en el párrafo 7.º del artículo 27 del Reglamento del Impues-

(63) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, primera parte, página 97.

(64) Ob. cit., pág. 611 y ss.

(65) Para las inscripciones del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, GONZÁLEZ P. REZ: «La inscripción de los bienes municipales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Mayo, 1951, pág. 374.

(66) Sentencia de 2 de febrero de 1950 (*Revista General de Derecho*, 1950, pág. 386).

to de Derechos reales. Ambas, junto con las inscripciones de hipoteca comprendidas en la disposición transitoria tercera de la vigente Ley; son los únicos supuestos de inscripciones caducables en nuestro sistema.

En lo que se refiere a las inscripciones de inmatriculación practicadas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, deben ser excluidas de la protección del artículo 41 ínterin no se hayan consolidado con la nota marginal que acredite la publicación de los necesarios edictos, como exactamente afirma LA RICA (67). Y la razón es clara: requisito indispensable de la inmatriculación es, en ese caso, la publicación de edictos; no hay, pues, inmatriculación hasta que se cumpla ese requisito (68). Entretanto, existe sólo una inscripción *incompleta*, cuyo total contenido quedará integrado con la nota marginal expresiva de la publicación de los edictos (artículo 298 del Reglamento Hipotecario). Inscripción y nota forman el conjunto total del asiento de inmatriculación.

Según la regla 7.^a del artículo 27 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, *para el solo efecto* de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de préstamo garantizados con hipoteca para pago del impuesto sucesorio en las herencias que no tengan metálico o muebles de fácil realización, se autoriza la inscripción previa de las adjudicaciones de las fincas o Derechos reales de la sucesión, testada o intestada, a favor de los herederos o legatarios; pero esta inscripción se cancelará de oficio si dentro del término de un año, a contar desde la muerte del causante, no se hubiera hecho el pago del Impuesto.

Tales inscripciones, pues, tienen condicionados suspensivamente sus efectos procesales ofensivos hasta que transcurrido el año de la muerte del causante haya cumplido el adjudicatario sus deberes para con el fisco. Y no sólo por la amenaza de caducidad que pesa sobre ellas —que no planteando ningún problema, si la caducidad acaeció antes de la incoación del procedimiento, pudiera provocarse en los

(67) Ob. cit. últimamente, primera parte, pág. 97.

(68) Lo que justifica que la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 5 de enero de 1951 (B. O. de 24 de enero), recuerde a los Registradores el *exacto cumplimiento* del artículo 298 del Reglamento Hipotecario sobre extensión de la nota marginal cancelatoria, *so pena de incurrir en falta por morosos o negligentes en el cumplimiento de sus deberes oficiales*.

casos de caducidad, sobrevenida una vez trabada la litispendencia—, sino por las mismas y taxativas palabras del artículo 27 del Reglamento del Impuesto, que derogando en este supuesto excepcionalísimo la doctrina de los artículos 34 de la Ley del Impuesto, 179 del Reglamento mismo y 254 de la Ley Hipotecaria, advierte que es *al solo efecto de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de préstamo*; esto es, al solo efecto de que se cumplan las exigencias hipotecarias del trácto sucesivo; pero no los demás efectos que normalmente derivan de la inscripción (69).

CONCLUSIONES

Debe, pues, concluirse como resultado final de nuestro trabajo:

1.^a La legitimación activa del titular registral para el procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ha de ser determinada en todo caso por un asiento de inscripción.

2.^a Puede ser incluso determinada por un asiento de inscripción de inmatriculación.

3.^a Queda condicionada suspensivamente en las inscripciones de inmatriculación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria hasta que se extienda la nota marginal comprensiva de la publicación de los edictos; y en las practicadas al amparo de la regla 7.^a del artículo 27 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, a que dentro del año haya satisfecho el titular el impuesto sucesorio correspondiente.

JOSÉ PARRA JIMÉNEZ

Licenciado en Filosofía y Letras.
Abogado del Ilustre Colegio de Jaén.

(69) Siendo esto así, teniendo en cuenta lo que manda el artículo 355 del R. H., y excluidas las anotaciones preventivas todas, parece que lleva razón LA RICA («Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pág. 99), al decir frente a AZPIAZU que la segunda de las tres únicas causas de contradicción a la vigencia del asiento, a efectos del artículo 41, admitidas por este autor (que la inscripción haya caducado y no esté cancelada), carece de existencia real. Vid. AZPIAZU: «Criterios de autoridad, (Notas sobre un tema manido)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, pág. 705 y ss. «Un nuevo aspecto de la exégesis del artículo 41», *Revista General de Derecho*, abril, 1947; y «Duplica. Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, página 353 y ss.