

# Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la Ley Hipotecaria<sup>(\*)</sup>

## B) NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO QUE IMPLANTA EL ARTÍCULO 41 DE LA NUEVA LEY.

Es éste el segundo de los puntos que queremos considerar aquí, dada la indudable trascendencia del artículo 41 en su nueva redacción, por sus posibilidades y por sus consecuencias.

Resultado del llamado principio de "legitimación", que, como dice Jerónimo González (1), desde su planteamiento por Sohm aún sigue en pie, y según el cual debe presumirse, a todos los efectos legales, que todo derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma que el asiento respectivo exterioriza (forma positiva) o supone su extinción en la forma que la cancelación expresa (forma negativa), principio que la nueva Ley consagra de modo terminante y con técnica perfectamente científica en sus artículos 24 y 97, surge el problema de dotar procesalmente al titular registral de aquellas medidas coercitivas suficientes para que el derecho consignado en el folio registral no quede en mera declaración platónica, sin eficacia práctica, sino, al contrario, con posibilidad de reacción en la vía contenciosa frente a quien menoscabe o niegue, directa o indirectamente, tal derecho registrado. *Prima facie*, hay que estimar que la situación jurídica que consta en el folio coincide con la realidad jurídica y, por tanto, su titular tiene perfecto derecho a que la Ley haga algo más que dar "buenas palabras" a su titular, poniendo—por el contrario—a su alcance cuantas medidas de índole procesal sean suficientes para que pueda realizar y hacer efectivo su derecho.

En la Ley de 1861, y lo mismo después de la reforma de 1869, tal privilegio procesal no existía, puesto que el titular inscrito tenía que acudir a los mismos trámites, procedimientos y medios, por cos-

(\*) Véase el número 211 de esta REVISTA.

(1) Jerónimo González: «El actual Derecho Inmobiliario español», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 180, págs. 306 y ss.

tosos y largos que fueren, que aquél que no tuviere inscrito su derecho. Saltaba a la vista en seguida que, ante tal situación, la eficacia (práctica, y no meramente teórica, que la primera y no la segunda es la que importa) del Registro español era de muy poca trascendencia, sumamente raquítica. Por ello la reforma de 1909 dió una nueva redacción a los artículos 24, 41 y 129 de la Ley, con tal finalidad, siendo sobre todo en el segundo en el que se centró el problema, tratando de regular, principalmente, las relaciones entre el poseedor no propietario frente al propietario inscrito no poseedor de hecho. No creo sea éste el momento de exponer la diversa evolución de la jurisprudencia y de la doctrina acerca del problema; baste consignar aquí, a modo de resumen, que aquélla siguió, a través de algunas vacilaciones, la tendencia de considerar *iuris et de iure* la presunción que tal artículo 41 consignaba, y que, frente a dicha tendencia, se inició una corriente doctrinal que culminó en la reforma de 1927, debida—al parecer—a quien, sin disputa, es nuestro mejor especialista en materia hipotecaria.

Y sin embargo, tampoco fué satisfactoria, ni mucho menos, la redacción de tal artículo 41 después de esta reforma de 1927, puesto que, como dice Carazony (1), si en su primera redacción “fracasó quizá por demasiá—aunque puramente teórica—, ya que su naturaleza no encaja en la jurisdicción voluntaria, como se pretendió, sino en la contenciosa, cual es su naturaleza, en la actual también fracasa, al endosar para la resolución del conflicto a la de hecho, y regulando un procedimiento que no termina en el lanzamiento del tenedor contrario al titular” (2). Por eso, Carazony y Treviño (3), reflejando el sentimiento general de la doctrina, creían que tal artículo 41 debía “volver al telar legislativo para remozarlo, con el fin de que sirva

(1) Carazony Liceras: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria en la procesal y en la Jurisprudencia», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero 1942, núm. 164, págs. 1 y ss.

(2) Alude, sin duda, este último extremo al problema que plantea la redacción del artículo 100 del Reglamento Hipotecario acerca del lanzamiento del precarista frente al titular inscrito, sin necesidad de acudir al juicio de desahucio correspondiente, y que la doctrina, en tesis general — J. González, Carazony, Roca, etc. —, resuelve negativamente.

(3) V. Gregorio Treviño: «La protección del dominio inscrito. Reforma del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en Suplemento 426, año 1941, a la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

a la eficacia registral, o sea al privilegio de que es acreedor un titular inscrito", debiendo, sobre todo, "reformarse el procedimiento para hacer eficaz dicho artículo 41" (1).

Y tal fin persigue la Ley novísima, no sólo al redactar, como hemos dicho, con mayor rigor científico el principio de "legitimación registral", los artículos 24 y 97, sino al afirmar en el artículo 41 —totalmente remozado—que "las acciones reales procedentes de los derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse mediante un *proceso de ejecución* contra todos los que no inscribieron sus títulos y se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente", determinando a continuación las normas procesales con arreglo a las que ha de desarrollarse y hacerse efectivo tal derecho.

¿Qué naturaleza jurídica es la de este proceso que el artículo 41 crea?

Si atendemos a la redacción literal de la Ley, parece tratarse de un *proceso de ejecución*, ya que así lo titula expresamente el texto legal, y así lo llama también el preámbulo al razonar cómo el asiento de inscripción de derechos reales (2) "requieren por su propia naturaleza el que puedan ejercitarse contra los que no inscribieron sus pretendidos derechos, mediante un *proceso de ejecución*", si bien, "ante la posible inexactitud registral, concede en los limitados casos que se mencionan la posibilidad de oponerse, pero quedando la discusión circunscrita a determinados extremos, sin perjuicio de otra más amplia y definitiva controversia en el respectivo *proceso de cognición*". Es decir, que para la Ley—al menos en sus palabras— se trata aquí de un proceso ejecutivo.

Y sin embargo, quizá quepa aplicar aquí aquellas palabras de Tráviesas según las cuales si el legislador no se equivoca nunca en lo que manda, puede equivocarse, y a menudo lo hace, en cómo lo manda. Y es que, en efecto, no es suficiente que el legislador quiera plasmar

(1) Carazony, ob. cit., pág. 7.

(2) Ante la redacción del texto no cabe duda, pues, que tal protección procesal es otorgada solamente al asiento de inscripción. El término inscripción es empleado por la Ley, en su sentido técnico o estricto. Se trata del asiento que el artículo 50 del Reglamento Hipotecario llama «inscripción propiamente dicha».

en el texto legal un proceso de ejecución, si luego en la realidad resulta que lo ordenado no sigue las reglas que la dogmática señala como característica de aquél.

Algo de eso nos parece que ocurre aquí, ya que la nota más destacada del proceso de ejecución es, como dice De la Plaza (1), la eliminación o amputación en él de la fase de cognición, es decir, la actuación de la pretensión ejecutiva, exenta en absoluto de toda adherencia, y que termine en la prestación o dación de cosa, bien de modo inmediato, bien mediadamente, después de un proceso que transforme y ponga a disposición del actor-ejecutante una suma equivalente a la prestación o dación de mérito.

Por eso, al examinar con detenimiento el procedimiento que regula el artículo 41 de la Ley reformadora, se observa que la fase de cognición, si bien se restringe y abrevia, no se elimina *en absoluto*, ya que en él es posible una cognición—limitada, pero existente—mediante la demanda de contradicción que al titular inscrito puede plantearle el opositor, y en la cual no solamente se discute la validez del título, sino incluso la posesión de éste, e incluso también la existencia de inscripciones contradictorias, con todas sus trascendentales consecuencias.

Proceso de ejecución, rigurosamente hablando, tan sólo es el que regula la Ley en sus artículos 129 y siguientes (2), ya que, como dice Guasp, se trata aquí de "un proceso de ejecución aplicable a casos

(1) V. Manuel de la Plaza: «Los principios fundamentales del proceso de ejecución», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 1944, págs. 889 y ss.

(2) Y aun sobre éste, no es unánime ni mucho menos la doctrina. Para Aragones —*Compendio, etc...*, tomo II, pág. 93— y Morell —*Comentarios...*, tomo IV, pág. 88— no se trata de un verdadero juicio, porque no existe en él contienda. Para García Fernández —«Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1912, tomo 131, pág. 289—, se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, puesto que la contenciosa supone «contienda entre partes», que aquí falta. Para López de Haro —«Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1932—, no hay aquí ejercicio de acción en juicio, sino simplemente una efectuación judicial de una relación jurídica. Para Menéndez Pidal —*Elementos de Derecho procesal civil*, pág. 830—, se trata de un proceso ejecutivo documental, derivado históricamente del proceso monitorio. Y para Guasp, finalmente, seguido por De la Plaza —ob. cit., en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1945, página 83—, se trata de un proceso de ejecución propiamente dicho, caracterizado precisamente por la ausencia en la tramitación del mismo de una

delimitados por la índole de los créditos que le originan", y caracterizado por "la ausencia en su tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones" (1). Pero este que regula el artículo 41 es, a nuestro juicio, muy dudoso que lo sea (2).

No falta quien opine (3) que se trata de un procedimiento interdictal. Nos parece, sin embargo, que no es ése el pensamiento de la Ley, no sólo porque no caben más interdictos que los que el ordenamiento jurídico taxativamente establece, sino porque la posesión jamás tiene acceso al Registro como hecho distinto del dominio en la nueva Ley, y sería, por tanto, incongruente si después de tal voto la protegiera con el primor y cuidado con que lo hace en el artículo 41, que está llamado y pensado para proteger derechos, pero nunca hechos. Todo ello, aparte de que la tramitación del procedimiento del artículo 41 no se ajusta, evidentemente, a los cánones del procedimiento interdictal, tal como lo regula la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sin perjuicio de que, "prima facie", tengan, en efecto, ligero parecido.)

Y es que la naturaleza del proceso que nos ocupa es, a nuestro entender, híbrida o mixta. Ni proceso de ejecución ni de cognición puros, siquiera tenga más de esto que de aquello, si bien con causas de oposición taxativas y delimitadas *a priori*. Como dice De la Plaza (4),

fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones en el que la escritura de constitución de hipoteca es un verdadero título ejecutivo, siempre que cumpla los requisitos que le señala el artículo 130, semejante a los casos que contemplan los artículos 1.481, 1.482, 1.483 a 1.488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (V. Guasp Delgado: «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en varios números de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y especialmente el núm. 161, octubre 1941. páginas 596 y siguientes.)

(1) Guasp: Ob. cit., págs. 611 y 596, respectivamente.

(2) De proceso especial lo califica Sanz Fernández — ob. cit., pág. 20 —. Pero puede aplicarse aquí lo que dice Guasp sobre la posición de aquellos que también califican de «especial» al procedimiento del artículo 129 y siguientes de la Ley; hay que señalar concretamente en qué consiste tal especialidad, pues decir qué algo es especial, a secas, es sencillamente no decir nada. Guasp, ob. cit., pág. 594

(3) Cimiano, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero de 1945, núm. 200, pág. 23.

(4) Manuel de la Plaza: «Los principios, etc...», en Revista de Derecho Privado, núm. 335, febrero de 1945, pág. 84.

se quiso ir, en efecto, al proceso de ejecución pura; pero "exigencias de la realidad inmobiliaria española, que ya pesaron mucho en la reforma de 1927, y tal vez la defectuosa construcción de nuestro juicio ejecutivo como proceso puro de ejecución, influyeron en el ánimo de los ilustres reformadores y les obligaron a tomar un camino que no es, como evidencia su sola comparación, el que sin vacilación alguna se emprendió para configurar el ejercicio de la acción hipotecaria sobre los bienes gravados...". Llegándose por tal camino, 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"; por eso, cuando la oposición en potencia no se formule, los Tribunales actuarán ejecutivamente por la sola virud del título, y entonces estaremos en presencia de un proceso de ejecución propiamente dicho, aunque resulte un tanto matizado por la previa intimación en forma de emplazamiento. En los demás casos 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."

En sustancia, pues, a pesar de las palabras de la Ley, no hay tal proceso de ejecución, puesto que, aunque abreviada, cada fase previa de cognición, si el demandado contesta oponiéndose a la intimación que el titular inscrito le dirige. Se trata más bien de un proceso de provocación, híbrido o intermedio entre el de ejecución puro y el de cognición. Siendo la causa de esto la orientación constante de la Ley: el Registro cede—salvo excepcionales casos, dictados para proteger al tercero que adquiere, en pro de la seguridad del comercio jurídico—frente a la realidad jurídica, si ambos no marchan de acuerdo. Y por ello los asientos registrales sólo contienen, en principio, una verdad *iuris tantum* (arts. 24, 36, 97, entre otros) que colocan al titular en posición predominante desde el punto de vista procesal, pero sin que le faculten para una actuación ejecutiva y energética de modo inmediato, impidiendo al contradictor una oposición a tales pronunciamientos. No es el Registro, en este aspecto, un título irrefragable que, cual la sentencia firme, tenga una energética fuerza ofensiva. No es tampoco algo muerto y sin vigor procesal como algún día fué. Se trata de algo intermedio, como intermedio es el proceso intimatorio o provocativo

en relación con el de cognición pura y el de pura ejecución (1). Con lo que, por cierto, resulta un hecho curioso y hasta anómalo: que de un mismo principio—el de legitimación registral—salen dos consecuencias no iguales; un proceso energético y de ejecución (artículo 129 y siguientes) y un proceso “aguado”, híbrido y “a dos vertientes” (artículo 41).

### C) PROBLEMAS INHERENTES A LA REDACCIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 352 DE LA NUEVA LEY.

No son nuevos, ni mucho menos, tales problemas. Desde la publicación de la Ley de 21 de junio de 1934 viene siendo cuestión batallona en la doctrina hipotecaria la relativa: a) A la prueba de su derecho por el transferente con respecto a la adquisición anterior, previa e imprescindible para que la posterior, reflejada en la escritura pública que se trata de inscribir, tenga acceso al Registro, inmatriculando la finca o fincas en ella descritas; b) Si bastará a tal respecto la mera afirmación del que transfiera consignada en la escritura correspondiente o, en su caso, la simple referencia a títulos privados que no exhibe dicho transferente ni al Notario ni al Registrador; c) Qué eficacia jurídica puede tener, admitida tal posibilidad, el asiento en tal base fundado.

Tres posiciones pueden, en síntesis, señalarse en tan trascendental cuestión. La primera, el admitir la inscripción de la escritura pública, aunque haga constar las circunstancias esenciales de la adquisición anterior tomándolas únicamente de la mera manifestación del trasferente,

(1) Por lo demás, a nuestro juicio, hoy ya ha quedado aclarado aquel punto neurálgico que la redacción del artículo 41 anterior, en conexión con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, venía planteando, a saber: la posibilidad del lanzamiento del precarista por el propietario inscrito no poseedor de hecho, sin necesidad de acudir, a pesar de la inscripción registral, al oportuno juicio de desahucio. Examinados los párrafos primero y la causa segunda del artículo 41 actual, no cabe duda dq tal posibilidad, puesto que el precarista no se encuentra en la causa de referencia, ni mucho menos en las demás que taxativamente señala la Ley. Sólo plácemes merece tal aspecto del artículo 41, porque, quienes propongamos a toda costa porque el Registro sea algo más que un fantasma y esté dotado de la mayor energía posible en el terreno práctico, veníamos ansiendo desde hace mucho tiempo porque tal sucediera. Y hora era ya de que llegase tal solución renovadora.

puesto que la Ley no lo prohíbe, y el Reglamento—artículo 87—incluso, más que tolerarlo, parece insinuarlo en sus reglas segunda y cuarta, caso segundo. La segunda, al negar a rajatabla y en términos absolutos la inscripción en tal supuesto, no sólo porque, de admitir lo contrario, se corre un gravísimo peligro de que entren en el Registro, por tan amplio portillo, toda clase de títulos (nulos, falsos, rescindibles, etc.), sino porque es facilísima la falsificación de la verdadera situación jurídica del inmueble y de la capacidad legal del transferente, ya que la sola manifestación de éste no constituye garantía alguna de veracidad y hay muchas probabilidades de que invente un documento privado que no existe más que en su imaginación. Y la tercera, admitir tal inscripción, pero sólo con los efectos y consecuencias de una simple inscripción de posesión con todas las cortapisas y limitaciones de ésta

Representan esta última posición Ventura González (1) y Vázquez Gundín (2), entre otros Registradores, a base de hacer sinónimos los términos “constar”—que emplea el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley, y “justificar” o “probar” que eran los antes empleados (3).

Para estos Registradores (y otros varios que Ventura González cita en su mencionado trabajo) hay que “probar” tal adquisición anterior y sin tal prueba no puede admitirse el título en el Registro con todas sus consecuencias, siendo, en todo caso, lo inscrito la posesión

(1) V. Antonio Ventura González, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 179, abril 1943, págs. 225 y ss.

(2) Vázquez Gundín, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 182, julio 1943, págs. 425 y ss.: «Una tempestad en un vaso de agua».

(3) Este vocablo «constar» que, no hay que dudarlo, con intención más o menos sibilaria emplea el texto legal, y que aún hoy perdura en la novísima Ley, constituye el punto neurálgico del problema. Por eso tiene razón Ventura González cuando—ob. cit., pág. 229—dice que «esta palabra, este giro gramatical, al parecer sin importancia, es el que ha hecho derivar todo el sistema de la inmatriculación, por este medio excepcional, a un sistema en el que las garantías jurídicas parecen flaquear, y todos parecen huir de una presunta responsabilidad ante el hecho de dar cabida en el Registro a quien como toda garantía de su derecho ofrece sólo la sinceridad de una afirmación... Y es que tal vocablo, queriendo decir mucho, no ha dicho nada, por faltarle la explicación de si esa constancia ha de ir avalada por una exhibición al Notario autorizante del título del transferente, o basta la afirmación lisa y llana del otorgante de que adquirió, toda vez que, hecha la afirmación sin prueba, ya constan en el documento las circunstancias de la adquisición anterior.

y no el dominio, puesto que—a su juicio—resolver la cuestión de otro modo sería hacer tabla rasa de artículos fundamentales del Código civil, tales como los 436, 438, 440, 1.954 y 1.960 y concordantes sin que ni aun frente a tercer adquirente tal inscripción sea cubierta por la fe pública registral, puesto que siempre entrará en juego, con todas sus consecuencias, el artículo 37 de la Ley en cuanto a la posibilidad del ejercicio de las acciones resolutorias o rescisorias por un posible perjudicado (1).

Reflejan, por el contrario, la posición abierta y decididamente positiva, sosteniendo la admisión en tales de la inscripción de las escrituras públicas, Menchen Benítez (2) y Romero Cerdeirña (3), por

(1) Adopta explícitamente esta última posición Vázquez Gundín en el trabajo citado, «Una tempestad, etc.», pág. 425 y ss., al afirmar que el tercero perjudicado, a los dos años de efectuada la inscripción a que alude el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley, en el supuesto de que en la escritura inscrita se tomen las circunstancias de dicha inscripción de la sola manifestación de los otorgantes, no puede ser el dueño legítimo que se haya conservado siempre al margen de todas las transmisiones anteriores, sino aquellas personas descuidadas que hayan adquirido sus derechos POR DERIVACIÓN DE AQUÉL, frente a quien, más diligente, inscribió antes que ellas. Es decir, el mismo supuesto que, en caso de doble venta de una misma cosa inmueble, regula el artículo 1.473 del Código civil. Por todo ello —afirma Vázquez Gundín—, para que surja tal perjuicio es preciso nada más y nada menos: a) Que un mismo sujeto otorgue a varias personas actos de enajenación o de disposición incompatibles, con referencia a algún inmueble no inscrito. b) Que la segunda o la tercera de tales personas se adclanten en el Registro a la primera, solicitando la inscripción al amparo del procedimiento citado. c) Que dicha primera persona no se entere del edicto consiguiente. d) Que continúe sin enterarse pasados dos años de dicha inscripción. e) Que el que haya inscrito en tales condiciones enajene el inmueble a un tercero después de dichos dos años. f) Que este adquirente lo sea de buena fe y antes de la reclamación del perjudicado. Salvo en este caso, en todos los demás, sólo se adquiere la posesión, pero sin perjudicar al verdadero dueño que haya permanecido constantemente al margen de las enajenaciones registrales, salvo los efectos que, a favor del adquirente inscrito, producen los artículos 24, 17 y 41, que, sin embargo, no hay que olvidar que más que efectos sustantivos provocan tan sólo efectos registrales, más o menos intensos.

(1) Menchen Benítez, en Suplemento núm. 461 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

(3) Romero Cerdeirña: «El párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, diciembre de 1943, número 187, págs. 820 y ss.

ejemplo. Para éste, hacer sinónimos "constar", "justificar" y "probar" es una "asimilación falaz, puesto que de que constar equivalga a ser cierta y manifiesta una cosa no se sigue que equivalga a ser cierta", ya que para ello es preciso escindir las dos notas calificadoras del concepto (lo cierto y lo manifiesto) y prescindir de las segundas que cabalmente atendida la formación etimológica del vocablo (de *cum* y *stare*) es la nota dominante. Tal vocablo significa en la Ley no ser cierto, sino estar manifiesto, ser ostensible, exteriorizado. Y tal exteriorización no cabe duda que ya consta en la escritura pública por el dicho del transferente que en ella comparece y otorga. Sin olvidar que la Ley en numerosos preceptos (arts. 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, etc.) y el Reglamento (arts. 61, 67, 87) emplea tal vocablo u otros semejantes en el sentido exteriorizador y no en el probatorio o justificativo que la otra tendencia pretende darle. Por eso—concluye Romero Cerdeiriña—si bien podrá haber algún recelo desde un punto de vista de *lege ferenda*, desde el punto de vista de *lege data*, hoy por hoy, no cabe duda de que puede y debe admitirse la inscripción de una escritura pública en la que las circunstancias de la adquisición anterior *consten* sólo por la simple manifestación del transmitente, aun refiriéndose a un documento privado que no exhibe ni al Notario ni al Registrador.

¿Qué queda de este problema en la redacción del artículo 352 de la Ley reformadora?

Porque lo primero que se observa en dicho precepto es que tal redacción es semejante, pero no exactamente idéntica, a la anterior del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley derogada. Por eso es preciso un examen, letra por letra y palabra por palabra, de ambos textos antes de decidirse a tomar una posición.

Si observamos el artículo 352 veremos que en su párrafo primero declara inscribibles los títulos públicos (antes se decía los documentos públicos) otorgados por personas que "*hagan constar de modo fehaciente* haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca expedidos por el Registrador con vista de los documentos presentados, debiendo expresarse necesariamente en el asiento que se practique las circunstancias esenciales de la adquisición anterior tomándolas de los mismos documentos o de otros pre-

sentados al efecto". Es decir, que hasta ahora, parece necesaria tal constancia de *modo fehaciente*. ¿Y puede ser fehaciente la simple manifestación de uno de los otorgantes?

A primera vista parece que no. Pero el párrafo quinto del artículo vuelve a sembrarnos de dudas y vacilaciones, puesto que estatuye explícitamente que "cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justifique tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la fecha de la escritura o cuando en los documentos presentados no se expresaren las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, los Registradores harán anotación preventiva, etcétera ". Es decir, que mientras el párrafo primero exige que el título público presentado a inscripción haga constar de modo fehaciente la previa adquisición del que transmite, en este otro párrafo quinto, mediante lo particular disyuntiva o, que separa el primer período de la frase del segundo, parece contentarse tan sólo con que en los documentos presentados (y tales documentos son evidentemente los propios títulos públicos cuya inscripción se pretende, y a los que se refiere el párrafo primero del artículo, y ninguno más) se expresen las circunstancias esenciales de tal anterior adquisición. Y "expresar" no es, con toda evidencia, "probar" ni "justificar".

A nuestro juicio, pues, sigue la duda y la incertidumbre acerca de si la sola manifestación del transferente, refiriéndose a su derecho apoyado en un documento privado que, las más de las veces, no existirá en la realidad, es suficiente para que el Registrador inscriba. Y sigue también la duda respecto a si el tercero perjudicado será el dueño no inscrito o si éste, como ya vimos, según Vázquez Gundín (1), siempre estará a salvo de tal perjuicio con tal que permanezca constantemente al margen de tales inscripciones o de las sucesivas. Sólo una cosa queda aclarada: tales asientos no pueden tener carácter de inscripción de posesión separada del dominio, porque la nueva ley rechaza de modo terminante el arribo al Registro de la posesión *per se*.

A nuestro juicio, sin embargo, legalmente existe base para seguir sosteniendo la posición de Menchen y Romero Cerdeiriña (que, por

(1) Lo mismo opina Roa Sastre —*Instituciones*, tomo I, pág. 186—, puesto que tal tercero no es tercero protegido, ya que no ha adquirido de quien, según el Registro, estaba en condiciones de transmitir. Problema y solución, respectivamente, que siempre se presentan en toda inscripción inmatriculadora.

otra parte, es realidad en la mayor parte, por no decir todos, los Registros de España, con lo que supone un hecho consumado) (1). No sólo porque el preámbulo de la Ley dice que ésta mantiene el "controvertido" procedimiento inmatriculador del párrafo tercero del artículo 20 de la anterior, sino porque—sobre todo—perdura una suprema *ratio*: la de índole práctica para que fué dictado tal procedimiento inmatriculador: dar facilidades para el ingreso en el Registro de esa gran masa de más del 60 por 100 de fincas rústicas que aún viven a extramuros de él. O, como dice dicho preámbulo: "Ante el estado de nuestro Registro, la implantación de medidas menos asequibles, si bien más perfectas, podrían dificultar el acceso de las fincas que, en elevado porcentaje, permanecen aisladas del mismo."

Con lo cual llegamos a una conclusión íntimamente relacionada con este problema, a saber: que el expediente de dominio (aun tan simplificado y breve como ahora ha quedado) y las actas de notoriedad notariales (aún sin estrenar y casi, casi, vírgenes en sus múltiples potenciales aplicaciones (2) han de quedar muy probablemente vírgenes e intactos por los siglos de los siglos por una potísima razón: que el procedimiento del artículo 352 es más breve, más fácil y más barato que los otros, además de tener en el fondo idéntica eficacia práctica, ante la consideración que sugiere el artículo 347 de la Ley novísima, en su último párrafo, de evidente aplicación a las actas de notoriedad y al expediente de dominio. ¿Para qué, pues, acudir a éstos?

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES  
Notario Juez de primera instancia excedente.

(1) Gravísimo problema se plantearía si, llevada la cuestión a la Dirección General o al Tribunal Supremo, estos organismos resolvieran en el sentido de Ventura González. ¿En qué situación quedaban los miles de inscripciones de los Registros de España practicadas con tal base?

(2) Por ejemplo, en materia o función de declaración de herederos. Posible legalmente, y desde luego más racional que el procedimiento actual. Véase sobre esto Bellver Cano: «El acta de notoriedad en función declaratoria de herencias», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, octubre 1942, número 173, págs. 633 y ss. A pesar de los obstáculos que encuentra en esta función, obstáculos más bien fundados en intereses creados, con ribetes criminísticos, que de índole pura y exclusivamente jurídica.