

La mención registral: Su justificación y contenido

SUMARIO: 1. RAZON DE UN ESTUDIO SOBRE LA MENCIÓN REGISTRAL.—II. LA MENCIÓN REGISTRAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DE 1861, 1869-1870 y 1909-1915 1. LA CONFIGURACIÓN ADJETIVA DE LA MENCIÓN COMO CONTENIDO ACCESORIO DE UN ASIENTO REGISTRAL—DE INSCRIPCIÓN O DE ANOTACIÓN—, Y SU CONFORMIDAD, POR SU FORMA EXPRESA, CON LA EXIGENCIA DE PUBLICIDAD. 2. LA CONSIDERACIÓN SUSTANTIVA DE LA MENCIÓN COMO EXPRESIÓN DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE, SIN ESTAR REGISTRADA, SE CONSTITUYE O, YA ESTABLECIDA, SE RECONOCE EN EL MISMO TÍTULO DEL DERECHO QUE SE INSCRIBE O ANOTA Y AL CUAL AQUÉLLA AFECTA. 3. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA MENCIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE ROGACIÓN, PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD. 4. LA EFICACIA HIPOTECARIA PURAMENTE DEFENSIVA DE TODA MENCIÓN REGISTRAL EN CUANTO CONDICIÓN DE Oponibilidad.—III. LA MENCIÓN REGISTRAL TRAS LA REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944: 1. NECESARIA MATIZACIÓN ACERCA DE LAS MENCIONES PRATICADAS BAJO EL ANTIGUO RÉGIMEN HIPOTECARIO: LA EXTINCIÓN FORMAL DE UNAS Y LA APARENTE SUPERVIVENCIA DE OTRAS. 2. LA ACTUAL INOPERANCIA REGISTRAL Y CONSIGUIENTE CANCELABILIDAD DE LAS MENCIONES DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA.—3. ADMISIÓN ACTUAL DE LAS MENCIONES DE SITUACIONES NO SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA: 3.1. *La posible, pero cuestionable, mención de ciertos límites legales y naturales del derecho real inscrito o anotado.* 3.2. *La necesaria mención de las limitaciones convencionales y accidentales del derecho real inscrito.*

I. RAZON DE UN ESTUDIO SOBRE LA MENCIÓN REGISTRAL

Aunque la casi unanimidad de la doctrina científica se remonte a la Ley Hipotecaria de 1909 para rastrear el origen de la llamada «mención registral» (1), ésta aparecía regulada, ya con anterioridad, en la Ley Hipotecaria

(1) Entre muchos otros: DE CASSO ROMERO, I.: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª edición revisada, ampliada y actualizada, Madrid, 1951, pág. 555, nota (1); CHICO ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 3.ª edición,

de 8 de febrero de 1861 (en adelante LH 1.861), en cuyo artículo 29, párrafo primero, se disponía: «Todo derecho real de que se haga mención expresa en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo» (2). Cambiando sólo el inciso inicial («el dominio o cualquier derecho real que se mencione expresamente...»), la redacción del artículo 29.1 será mantenida en las Leyes Hipotecarias de 21 de diciembre de 1869 y de 16 de diciembre de 1909 (en adelante LH 1.869 y LH 1.909, respectivamente). Asimismo, el artículo 25 del Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861 (en adelante RH 1861) exigía en su regla 7.^a que «para dar a conocer la extensión, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, limite el mismo derecho y las facultades del adquirente en provecho de otro, ya sea persona cierta, o ya indeterminada, así como los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fuesen de esta especie las inscritas». La necesidad de esta última mención también subsistiría, aunque con alguna modificación redaccional, en el artículo 25.7.^a del Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870 (en adelante RH 1870) (3)

Madrid, 1994, pág. 689; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1995, pág. 506; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1988, pág. 298; MANZANO SOLANO, A.: *Derecho registral inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios, vol. II: Procedimiento registral ordinario*, Madrid, 1994, pág. 982; PAU PEDRÓN, A.: *Curso de práctica registral*, Madrid, 1995, pág. 49; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario, II: Temas 36 a 66*, Madrid, 1967, pág. 193, quien además se refiere a los arts. 9.2.º LH de 1909 y 61.5.º RH de 1915. Por su parte, DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª edición, Barcelona, 1956, pág. 282, al referirse a «la primitiva redacción del artículo 29 de la L.H.», reproduce la LH de 1869.

(2) En cuanto al Derecho extranjero, destaca la mención registral del *Derecho suizo*, denominada *Anmerkung* y regulada como asiento complementador que constata hechos, elementos accesorios y limitaciones de Derecho público. Para un estudio más detallado al respecto: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)*, Madrid, 1924, págs. 290 y 291, y apéndice C; SERRANO Y SERRANO, I.: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo (Comparado con el Derecho español)*, con Prólogo de don Jerónimo González Martínez, Valladolid, 1934, págs. 92 a 95. Por su parte, MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo Segundo. Artículos 6 a 41*, Madrid, 1917, pág. 580, se refiere al *Derecho australiano*, en el que la mención registral equivale al reconocimiento de un gravamen o derecho real. En cualquiera de los sistemas indicados, no obstante, dadas las singularidades de los mismos, el régimen adjetivo y material de la mención diferirá del nuestro; de ahí la no conveniencia de trasplantar sin más a nuestro sistema lo que en aquéllos se legisle.

(3) En dicha norma se suprimirá la referencia a las «condiciones», y en vez de emplear el vocablo «especie», para reiterarse a las obligaciones a plazo, utilizará el de «naturaleza».

y en el correlativo artículo 61.9.^a del Reglamento de 6 de junio de 1915 (en adelante RH 1915), donde, evitando ya la registración de elementos sin trascendencia real y con indeterminaciones subjetivas, se dirá que «para dar a conocer la extensión del derecho que deba inscribirse se hará mención circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente copiándose literalmente las condiciones establecidas en aquél» (4).

Sin embargo, tras la reforma acaecida por la Ley de 30 de diciembre de 1944, que tendrá su reflejo en la nueva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (en adelante LH 1946) y su desarrollo en el Reglamento de 14 de febrero de 1947 (en adelante RH 1947), la mención registral, a primera vista, parece totalmente abolida: Según la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, «las más relevantes características de la presente reforma pueden así sintetizarse: una más acusada protección a los derechos inmobiliarios inscritos; una creciente flexibilidad en el régimen hipotecario, y una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo entre la realidad jurídica y el Registro, expurgando a éste de numerosas cargas, virtualmente prescritas, que tanto entorpecen la contratación». En particular, por lo que respecta a las anteriores menciones, convendrá dicho texto expositivo en su caducidad y consiguiente cancelación en aras de la agilización de la contratación inmobiliaria y del saneamiento del Registro (5); añadiendo, por lo que afecta a las

(4) Otros muchos preceptos de nuestra normativa hipotecaria anterior se refieren a la mención de un derecho, de una circunstancia o de un simple hecho. Así sucede en la normativa de 1861: cfr. arts. 10, 29, 32 —en relación con 9, 13 y 30—, 111, 253 y 290 —en relación con 30— LH 1861, y arts. 24 a 27, 33, 35, 64.2.^a, 78, 121, 129, 132, 140.10.^a, 141, 151.11.^a, 231, 325 y 333 RH 1861. Asimismo acontece en la normativa hipotecaria de 1869-1870: arts. 7, 29 y 402 LH 1869, y arts. 13, 25.7.^a y 8.^a, 26, 35, 64.15.^o, 121 y 332 RH 1870. Y también serán diversas las ocasiones en que la legislación hipotecaria de 1909-1915 se refiera a la mención: arts. 7, 8, 10, 20, 29, 32, 111.1, 253, 290, 393, 395, 401 y 402 LH 1909, y arts. 26, 59, 61.5.^a y 9.^a, 69, 110, 157, 179, 217, 220, 228, 270, 313, 364, 378 y 508 RH 1915. A todos estos supuestos se hará precisa y oportuna alusión en lugar adecuado.

(5) Según la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 se prescinde «del llamado expediente de liberación, que, según opinión acorde de la doctrina, no cumple hoy finalidad alguna. En su lugar, se regula el de cancelación de cargas prescritas. El farragoso lastre de las que inútilmente continúan mencionándose y arrastrándose en el Registro, en detrimento de la contratación, principalmente en las regiones españolas en que la inscripción es una realidad viva, podrá ser extinguido o aligerado sin recurrir a lentos y dispendiosos procesos, con mudable beneficio para los titulares registrales. (...) Con idéntica aspiración se admite la caducidad de las anotaciones pasado cierto plazo, y se faculta a los interesados para solicitar directamente del Registrador de la Propiedad la cancelación de los derechos personales no asegurados especialmente, de las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada y de los legados no legitimarios que, pudiendo, no hubiesen obtenido anotación preventiva de sus derechos, coadyuvando así a la urgente e imprescindible tarea de saneamiento del Registro».

posibles menciones futuras, que ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial. Su consignación en el mismo, según la forma actual, dificulta el comercio inmobiliario y el crédito territorial. No se concibe cómo nuestro Derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y, muchas veces, de no fácil identificación».

En efecto, la anterior práctica registral posibilitó que bajo la mención tuvieran cobijo en el Registro: derechos reales y personales sin distinción; situaciones jurídicas ilusorias, inexistentes, extinguidas y prescritas; derechos de eficacia y valor cuestionables; y, en fin, situaciones deficientes, inconcretas, interinas, imprecisas e indeterminadas, que ni siquiera podían ser anotadas preventivamente (6). Todo ello había supuesto una publicidad confusa —falta de claridad—, y una vulneración casi constante del principio de especialidad, puesto que en la mayoría de las menciones no se precisaba con exactitud la titularidad, naturaleza, contenido, objeto y alcance del derecho registrado; se hacía imposible, entonces, cumplir los mínimos de legalidad exigibles y viabilizar una necesaria labor de calificación y expurgo por parte del Registrador (7). De esta forma, pronto se despreciaría a la mención registral por ser una forma híbrida de registración, germen de inseguridad e incerteza (8), y, en general, por ser la gran culpable de todos los males hasta entonces provocados por una práctica registral que, más que responder al

(6) En esto mismo insistirán el Ministro de Justicia en 1944, don Eduardo Aunós: «Discurso leído en el Pleno de las Cortes españolas el 29 de diciembre de 1944 en defensa del proyecto de ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria», en «Ley de 30 de diciembre de 1944, sobre reforma de la Ley Hipotecaria. Separata del núm. 12 de *Justicia*, BOMJ, pág. 13; SANZ FERNÁNDEZ, A.: «La reforma de la Ley Hipotecaria», en RDP, 1945, págs. 3 a 5; y MENCHÉN BENÍTEZ, B.: «La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas», en RCDI, 1962, pág. 818. Para una visión completa de este *iter* histórico, FLÓREZ DE QUINONES Y TOMÉ, V.: «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», en AAMN, 1946, págs. 133 a 156.

(7) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 36, explica que «la publicidad actuaba incompleta en la mención» y que «la legalidad tampoco podía funcionar normalmente». Por su parte, GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conferencia), págs. 241 y 242, se refiere a la «imprecisión de las menciones», caracterizadas «por infringir el principio de especialidad».

(8) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 33, para quien «no cabría admitir zonas intermedias entre la inscripción y la no inscripción, que eso era y no otra cosa lo que la mención representaba en nuestro sistema»; (pág. 34) «una puerta falsa por donde solían penetrar derechos deficientes y aun de simple obligación, dando lugar a la inseguridad e incertidumbre de las relaciones jurídicas, que son justamente los inconvenientes que todo régimen inmobiliario se propone desterrar». GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Las menciones y la buena fe*, en Curso de Conferencias de 1950 del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 1952, pág. 242, insiste en la idea de «incertidumbre».

sistema de inscripción, parecía obedecer al de transcripción de todo lo que se relacionara en los títulos a registrar, con independencia de su trascendencia y determinación (9).

Se pretende, entonces, a partir de este momento, la supresión de las menciones para así dar mayor efectividad a ciertas máximas hipotecarias, tales como el principio de *legalidad* y el de *especialidad* (10), y lograr la purificación del Registro (11); una finalidad de *saneamiento* y descongestión que habrá de ser: tanto material, referida a los diversos sistemas de cancelación y de caducidad para la liberación de gravámenes que casi perpetuados a través de la mención estaban ya extinguidos y prescritos; como formal, en cuanto a la necesaria mayor sencillez y claridad de los asientos registrales, exonerándolos de farragosas e innumerables menciones (12).

Colmando tales pretensiones, se alcanzaría con la desaparición de las menciones el correcto funcionamiento del *principio de publicidad registral*; una publicidad completa y perfecta que permitiese una más fácil, cómoda y segura *cognoscibilidad* del derecho registrado, y ello a través de la *inscripción*, de modo que solamente los derechos reales debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad surtan efectos *erga omnes*, frente a cualquiera (13).

(9) Así lo explica el Ministro de Justicia de 1944, AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 13 y 14: «Nuestro ordenamiento hipotecario, con una orientación que en muchas ocasiones parecía más bien de régimen de transcripción que de inscripción, llegó a decretar *ex-officio* la constatación registral de todas las condiciones, limitaciones y cargas del título».

(10) A tales exigencias se refieren FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.* pág. 179 y 180; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo 1, Madrid, 1947, pág. 118; DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, pág. 556.

(11) En dicha necesidad de desinfección, claridad y pureza o higiene abundan González Palomino, J.: «La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», en *RGLJ*, 1945, págs. 300 y 301; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 5; y FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 179. ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, (1954), pág. 410, estima que hay que «aplaudir todo cuanto represente expurgar de los libros hipotecarios la mucha broza que indebidamente los enturbia, y un punto muy necesitado de este saneamiento es el de la mención» (Siguiéndole, DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, pág. 83).

(12) En la doctrina destacan el sistema de cancelación y caducidad para el saneamiento del Registro, la liquidación de cargas y el mantenimiento del paralelismo entre realidad y Registro: ROCA SASTRE, R. M.: «La nueva Ley de reforma hipotecaria (Breve examen informativo-crítico)», en *RGLJ*, 1945, I, págs. 310 y 311; RUIZ ARTACHO, J.: «La caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos del Registro de la Propiedad. Causas que dificultan la aplicación de las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria», en *RCDI*, 1947, págs. 246 y 247; DE LA RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, Primera parte: Innovaciones*, Madrid, 1948, pág. 336.

(13) Como decía el Ministro de Justicia, AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14, «Los derechos reales perfectos, aptos para figurar en el Registro bajo asiento especial, no pueden mencionarse; deben inscribirse». Según VILLARES PICÓ, M.: «La reforma de la Ley Hipotecaria», en *RDP*, 1946, pág. 102, «la Ley Hipotecaria, con la nueva reforma, viene a establecer claramente tres principios: el principio de legitimación, el de fe pública registral

Se salvaría, así, el propio prestigio y credibilidad del sistema registral, y con ello se favorecería la seguridad del tráfico jurídico y se fomentaría tanto el comercio inmobiliario como el crédito territorial (14).

Tras la reforma hipotecaria de 1944, el espíritu del legislador hacia las menciones registrales experimentaría, en fin, un cambio radical: de su inicial y constante admisión, se pretende a partir de la segunda mitad del siglo XX la desaparición de *todas* ellas (15). Con tal aspiración, los mecanismos de eliminación serían variados (16):

En cuanto a las menciones practicadas bajo el antiguo régimen registral, refiriéndose concretamente a las hechas con anterioridad al 1 de julio de 1945, la Disposición Transitoria Primera, letra A), de la LH vigente impone su cancelación por caducidad y les niega todo efecto (17).

Y respecto a las posibles menciones que después de aquella fecha pudieran practicarse, la erradicación parece implantarse en su propia posibilidad de acceder al Registro, quedando prohibidas para el futuro: El artículo 9.2.º LH 1946 ya no exige la indicación de cargas; el artículo 51 RH sustituye en su

y el de la obligatoriedad indirecta de la inscripción; basados todos ellos en la publicidad que da el Registro y en el principio de legalidad». CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 686: «era necesario mantener la pureza del principio de publicidad y entender que solamente aquellos derechos que constasen debidamente constituidos e inscritos en el Registro de la Propiedad podrían afectar a tercero».

(14) DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, pág. 556, para quien las menciones son «puestas al tráfico de inmuebles y al buen uso del crédito». También considera CRISTÓBAL MONTES, A.: *op.cit.*, pág. 221, que «la acumulación de cargas, mencionadas o inscritas en los libros del Registro» no tiene «más virtualidad que la de perjudicar y frenar el tráfico inmobiliario». Actualmente, MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 982, considera que «la mención es un elemento de perturbación para la credibilidad y la confianza de los efectos del sistema registral».

(15) Hablan de supresión y eliminación de las menciones, DE LA RICA, R.: *op.cit.*, (Com. a RH), pág. 342; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1977, pág. 96; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 300; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 987; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(16) Según SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 6, sólo es posible la liberación en general de cargas del Registro a través de «tres caminos diferentes»: «a) Eliminando posibles cargas, gravámenes o limitaciones del dominio del Registro de la Propiedad», y se refiere a los arts. 29 y 99 LH 1944 (actual artículo 98 LH 1946); «b) Facilitando la cancelación de algunos asientos del Registro», y cita nuevamente el artículo 99; y «c) Declarando la caducidad de los gravámenes existentes en el Registro en la fecha de la publicación de la ley», aludiendo a todas las disposiciones transitorias. Por su parte, MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*, pág. 820, para la finalidad de «liberar al Registro de las innumerables cargas prescritas que abrumaban sus libros», se refiere a dos medios: la supresión de los efectos de las menciones y su obligada cancelación.

(17) Para LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96, «la disposición transitoria primera LH ordena la caducidad de las menciones consignadas bajo el antiguo régimen». Considera categóricamente Pau Pedrón, A.: *op.cit.*, pág. 49, que «han caducado todas las menciones practicadas al amparo de la legislación anteriormente vigente».

regla 6.^a el vocablo mención, hasta ese momento empleado, por el de «expresión», y en su regla 7.^a únicamente permite el arrastre de cargas, la referencia a gravámenes ya registrados debidamente —inscritos o anotados—, pero rechaza por completo la indicación de aquellas otras cargas reales que sólo se relacionen en el título sin estar inscritas o anotadas, repudiando igualmente, por remisión al artículo 98 LH, la mención de derechos susceptibles de inscripción especial y separada (18).

No obstante esta prohibición, si en efecto se practicasen indebidamente por el Registrador nuevas menciones registrales, prevé el vigente régimen hipotecario su cancelación en los artículos 98 LH, 188 y 353.3 RH (19).

Y si alguna duda pudiera plantearse acerca de la validez y posible eficacia de la mención en ese ínterin, que comprende el tiempo que transcurre desde la práctica de la mención hasta el de su cancelación, la Ley Hipotecaria actual parece privarle de cualquier atisbo de operatividad real: el artículo 29 LH niega a las menciones las ventajas propias de la fe pública registral, y el artículo 98 LH (art. 99 Ley de reforma de 1944) les arrebató su consideración de gravamen (20).

«Como se ve —dice DE LA RICA—, la oscura teoría de la mención registral pasa a la Historia» (21). En este sentido, profetizaba ya DE CASSO ROMERO, «es de esperar que mediante el nuevo sistema, en general terminante, adoptado frente a las menciones, éstas desaparezcan del Registro en un plazo relativamente corto» (22).

Mas, ¿fue y es así de apocalíptico el sino de *todas* las menciones registrales? ¿Por qué en un principio, y durante casi más de ochenta años, se admitió como válida y eficaz la mención registral, para luego eliminarla por ser cancerígena para la vida del Registro? ¿Acaso el peligro radicó en la mención misma o más bien en la viciosa práctica que de ella se hizo? Son cuestiones todas ellas que adquieren mayor importancia si cabe cuando la vigente legislación hipotecaria, supuestamente contraria a la mención, no obs-

(18) Hablarán, entonces, de prohibición, DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342; ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1954, pág. 390; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. V, Pamplona, 1971, pág. 563; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 197; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 987; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(19) Así lo advierten AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, p. 563; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*

(20) Entre otros, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 6; DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.*, pág. 342; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 95; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690.

(21) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 33.

(22) DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, pág. 558. También ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (artículo de 1945), pág. 311, afirmaría que «gran parte de aquellas menciones... desaparecerán registralmente el día 2 de julio del presente año» —1945—.

tante parece admitirla a veces, imponiéndola incluso, sin ningún tipo de recelo: Así, por ejemplo, son tan reiteradas las ocasiones en que nuestro ordenamiento hipotecario se refiere a la «mención de legítima» (cfr. arts. 15 LH y 83 a 88 RH), que difícilmente podría pensarse en un desliz del legislador (23); cuando ni siquiera se trata de una novedad: Ya la R. de 3 de abril de 1914 se refiere a un caso de legítima mencionada (24); y la DT 1.^a B) LH actual establece el régimen de cancelación por caducidad de «las menciones de legítima o afecciones de derechos legitimarios» que tengan una vida hipotecaria superior a los treinta años de antigüedad en la fecha de 1 de enero de 1945 (cfr., con DT 3.^a RH para el cómputo de dicha duración en el Registro). La presencia histórica de este tipo de menciones era evidente. ¿Cuál sería si no el sentido de estas normas de Derecho transitorio? (25). Tampoco puede reputarse la previsión de esta mención como una incoherencia interna de la LH de 1944, entre su letra y su espíritu (26), porque en su propio texto expositivo se decía: «Las legítimas que, hasta ahora, se inscribían o mencionaban según el criterio del Registrador, constituían, de hecho, una carga global e indeterminada que obstaculizaba, cuando no impedía, la libre disposi-

(23) Ante tal insistencia gramatical de la Ley y del Reglamento hipotecarios, un sector de la doctrina no podrá por menos que admitir la existencia de una innegable mención registral, aunque eso sí, de carácter *excepcional*, como si se tratara del *único* supuesto de mención admitido, y en cierto modo impuesto, por la legislación hipotecaria posterior a la reforma de 1944: CHACÓN, J.: «Cancelaciones que establece la Ley y el Reglamento hipotecario», en *RCDI*, 1950, págs. 498 y 503; CANO TELLO, C. A.: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 229; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 508; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 301. Más explícito se muestra GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), pág. 258, para quien «la hostilidad hacia las menciones se quiebra en la Ley al regular... el artículo 15». En contra, sin embargo, de que se haga estricta mención: DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), págs. 52 y 53; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (6.^a edición, de 1968), pág. 105, quien la califica como «mención impropia»; TRIAY SANCHO, J.: «LOS principios hipotecarios y la legitimación registral», en *RCDI*, 1953, pág. 162, nota (66); BADÍA SALILLAS, A.: «En torno al problema de las inscripciones antiguas en nuestro Derecho: su actualización y efectos», en *RCDI*, 1972, 11, pág. 1075, nota (27); MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 986; DE CASSO ROMERO, L.: *op.cit.*, págs. 567 y 568; y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.* (vol. V), pág. 821; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 686; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(24) Se dice en dicha resolución: «Considerando que procede la cancelación de las menciones del derecho que los herederos legitimarios pudieran tener sobre los bienes embargados y vendidos...».

(25) Observación necesaria para así desmentir las opiniones de FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 186, para quien «se trata de una mención especial y sin precedentes en nuestro sistema y por cuya virtud todos los bienes de la herencia quedarán afectos»; y DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 33, nota (1), para el que «la nueva Ley establece y regula ampliamente una *nueva* mención: la de ciertos derechos legitimarios. Véase el *nuevo* artículo 15» (El subrayado es nuestro).

(26) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (artículo de 1945), pág. 273, y DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 173, hablan de «inconsecuencia»; FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 186, lo advierte como «incongruencia».

ción de los bienes familiares». Es decir, que, de acuerdo con el artículo 15 LH y concordantes del RH, entendido lógicamente desde su propia *ratio*, la ley afecta los bienes hereditarios al pago de la legítima e impone como obligada y de oficio su mención, al no ser posible su toma de razón mediante inscripción separada y distinta a la de los bienes hereditarios. Una mención que, relativa a una situación jurídico-real no inscribible autónomamente, parece diferenciarse por tanto de las menciones previstas, para su eliminación, en los artículos 29 y 98 LH; de ahí que desde el mismo instante en que la legítima consta mencionada en el Registro impida la buena fe del tercero respecto a la afección resultante (arts. 15.IV LH y 84 RH) (27).

Aunque la mención legitimaria no sea bastante por sí misma, ni para cuestionar la pretendida abolición de todas las menciones, ni para concluir acerca de su admisibilidad en nuestro sistema registral vigente, sí que suscita al menos la hesitación y justifica un estudio más profundo y pormenorizado sobre la mención registral (28).

Comencemos, pues, por el principio: ¿Con qué alcance, formal y sustantivo, en qué hipótesis y con qué operatividad se reguló la mención en su génesis? (29).

(27) Este es el sentido de la R. de 27 de marzo de 1952 —en contra de lo que pretende ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 382, nota (1), para quien «la resolución de 27 de marzo de 1952, rechaza el carácter de mención propiamente dicha a la expresión registral de legítima que regula este artículo 15»—, al decir que «la mención de derechos legitimarios... no puede reputarse incluida entre aquéllas a que se refiere el último precepto citado —el artículo 98 LH—, puesto que, conforme a los artículos 15, párrafo cuarto, de la Ley, y 86 del Reglamento (*sic*), debe perjudicar a tercero, y su caducidad ha de computarse con arreglo al apartado B) de la Disposición Transitoria primera de la misma Ley».

(28) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 258: «Extraña que a la supresión teórica de las menciones siga este reconocimiento legal de una mención de práctica obligada o imperativa, que surte —aunque limitados en el tiempo— plenos efectos de garantía en favor de los legitimarios». Insistiendo luego (pág. 260), en «la paradoja de que el mismo texto legal que suprime las menciones acoge expresamente y regula con todo detalle una mención que venía practicándose antes, pero cuya eficacia y efecto refuerza el ordenamiento legal nuevo». Ya GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 1990, pág. 42, nota (63), anotando el artículo 29 LH, decía: «Compárese con el distinto supuesto de admisión de menciones de legítima en el artículo 15 de esta ley». DE COSSÍO, A.: *op.cit.*, pág. 284: «Sería, sin embargo, erróneo el pensar que estos preceptos —arts. 29, 98 y DTI.^a LH— habían conseguido la total eliminación de las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad... porque el propio texto de la ley actualmente vigente, impone la mención de determinados derechos o relaciones de carácter real».

(29) Prescindimos, en este sentido, de la indagación, ya exhaustivamente expuesta en la doctrina por FLÓREZ DE QUINONES Y TOMÉ, V.: «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», en *AAMN*, 1946, págs. 133 a 137, acerca de la importancia de la mención como mecanismo de traslación de cargas de la antigua Contaduría de Hipotecas al Registro moderno.

II. LA MENCIÓN REGISTRAL EN NUESTRA LEGISLACION HIPOTECARIA DE 1861, 1869-1870 Y 1909-1915

1. LA CONFIGURACIÓN ADJETIVA DE LA MENCIÓN COMO CONTENIDO ACCESORIO DE UN ASIENTO REGISTRAL—DE INSCRIPCIÓN O DE ANOTACIÓN—, Y SU CONFORMIDAD, POR SU FORMA EXPRESA, CON LA EXIGENCIA DE PUBLICIDAD

Numerosos han sido los ensayos de la doctrina con el fin de consignar una clasificación omnicompreensiva de todos los asientos registrales, sin que en ninguna enumeración tuviera acogida la mención registral; seguramente, porque en los no menos abundantes preceptos que, con ánimo más o menos exhaustivo y según la materia de que traten, hacen inventario de los mismos, la mención nunca viene comprendida (30). De entre todos ellos destaca el artículo 50 RH 1915, cuya redacción se ha conservado íntegramente en el vigente artículo 41 RH 1947. Por la propia omisión de esta norma, que data de una época —1915— en que las menciones eran admitidas, puede negarse, en efecto, la calificación de la mención como asiento registral *stricto sensu*, máxime si, como sostiene SANZ FERNÁNDEZ respecto al actual artículo 41 RH, «la enumeración que hace este artículo es taxativa, y los asientos que enumera son los únicos que se pueden practicar en el Registro» (31): Puesto que la catalogación contenida en dicho precepto es cerrada y constituye un listado completo o de *numerus clausus*, no meramente enunciativo o ejemplificativo (un sistema de *numerus apertus*); y dado que en él no se incluye a la mención registral, lógicamente habrá de ser rechazada ésta como posible variedad de asiento registral.

(30) BARRACHINA Y PASTOR, F.: *Derecho Hipotecario y Notarial. Comentarios a la Ley Hipotecaria*, tomo 1, Castellón, 1910, pág. 42; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, tomo I: *Principios generales. La inscripción y sus efectos*, Madrid, 1941, págs. 57 y 58; DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, págs. 359 a 361, reproduciendo igualmente las clasificaciones de ARAGONÉS y de GAYOSO, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, págs. 473 y 474; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, págs. 659 y 660. Todos ellos, y otros tantos, se refieren, con alguna que otra matización o subclasificación, a la inscripción, a la anotación preventiva, a la cancelación y a las notas marginales. Por lo que respecta a la legislación hipotecaria actualmente vigente, se habla de «inscripción o anotación» (artículo 1 LH), de «inscripción, anotación preventiva o cancelación» (arts. 213.1.º, 217.1, 258.1, 297 *in fine* LH y 314.1, 375.1 RH), de «asientos de presentación, notas marginales e indicaciones de referencia» (arts. 213.2.º LH, 318, 373.1 RH), de «inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas» (arts. 242, 250, 296.2.º y 4.º LH, 101, 317, 318, 373 y 416.2 RH).

(31) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.* (I), pág. 273, quien razona del siguiente modo: «Es indudable que dado el carácter rigurosamente formalista y de orden público del Derecho registral, la determinación de los asientos practicables no puede quedar al arbitrio del Registrador. Por consiguiente, la enumeración que hace este artículo es taxativa, y los asientos que enumera son los únicos que se pueden practicar en el Registro».

Aunque pudiera considerarse a la mención como un asiento en sentido amplio cualquier tipo de asiento con todas sus circunstancias (32), nunca lo fue en sentido técnico, como asiento formal, sino como posible contenido accesorio y **complementador** de un auténtico asiento registral que, si bien a veces parecía impropriadamente destacarse en nota marginal de referencia (33), en su función propia indicadora de situaciones jurídicas y no de simples hechos— debía constar, como parte integrante del mismo, en el asiento del derecho inmobiliario al que se refería el derecho a mencionar (34): La mención, según la propia previsión positiva, se practicaba generalmente en los asientos de inscripción (35), y ocasionalmente en los de anotación preventiva (36) —«en las inscripciones o anotaciones preventivas», rezaba el ar-

(32) Es la noción amplia que de mención da ROCA SASTRE, R. M.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1941, pág. 322, nota (1), y en su 6.^a edición de 1968, pág. 104, letra pequeña; y que hoy reproduce Díez-Picazo, L.: *op.cit.*, pág. 506.

(33) Acerca de la constancia registral de la naturaleza inestimada de la dote en la inscripción de hipoteca dotal, el artículo 129 RH 1861 y 1870 (y con alguna modificación el artículo 217 RH 1915), se refería a la misma como mención sustitutiva de la nota marginal («haciendo mención en su lugar de la naturaleza inestimada de la dote... se omitirá la nota marginal»). También el artículo 24 RH 1861 y 1870, acerca de la división y de la agrupación de fincas, exigía que se hiciera «breve mención de esta circunstancia al margen de la inscripción antigua, y refiriéndose a la nueva» (cfr. con actuales arts. 45 y 46 RH). Asimismo, el correlativo artículo 59 RH 1915, ahora sobre división, agrupación y segregación de fincas, establecía idéntica exigencia de breve mención al margen de la anterior inscripción (También en el Derecho suizo, según SERRANO Y SERRANO, I.: *op.cit.*, pág. 93, se prevé la mención de la reunión *Verrösserung*- de una parcela a otra). Se trataba, sin embargo, no de una verdadera mención, sino de una simple nota marginal (cfr. arts. 60 RH 1915, 47 y 48 RH 1947; y las consideraciones de la Sentencia de 17 de octubre de 1967, y de GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 61).

(34) Ya en la Resolución de 26 de mayo de 1921 se hablaba de «las menciones practicadas en los asientos principales»; y en igual sentido, las de 6 de mayo y 16 de julio, ambas de 1943. También la Sentencia de 24 de mayo de 1952 habla de «la mención como parte integrante de un asiento». Ya decía GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194, que la mención constituye «una parte del total de una inscripción formal; es decir, una referencia más o menos extensa que se hace al inscribir un derecho de otros derechos que lo limitan». Actualmente, CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227, considera que «la mención no constituye un asiento, pero forma o puede formar parte del mismo».

(35) Cfr. arts. 7.2 LH 1869 y 1909, 8 LH 1909 —en sus últimos cuatro párrafos— y 20 LH 1909, 29, 32 —con relación a arts. 9.1.^a a 6.^a y 8.^a, y 30 LH— y 253 LH 1861, 1869 y 1909, 393 LH 1909 y arts. 24 RH —de 1861 y 1870 correspondiendo con el artículo 60 RH 1915— 26 RH 1861 y 1870 —y correlativo al artículo 270 RH 1915, 26 RH 1915, 27, 33 y 35 RH 1861 y 1870, 69 RH 1915, 332 RH 1870 —en relación con el 35 RH—, 140.10.^a RH 1870, 151.11.^a RH 1861 y 1870, 157 RH 1915, 228 RH 1915.

(36) Cfr. arts. 29 y 253 LH 1861, 1869 y 1909, y arts. 13 RH 1870, 26 RH —de 1861 y 1870, y 270 RH 1915—, 64 RH 1861 y con alguna modificación redaccional 1870, sobre mención de cargas resultantes del título y no inscritas. Comentaba al respecto ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 332, nota (1), que «al hablar el artículo 29 de anotaciones preventivas, seguramente alude a las relativas a títulos con defectos subsanables». Posteriormente, págs. 372 (1954), y 117 (1968), precisará: «No toda anotación preventiva es asiento hábil para una mención, sino tan sólo las anotaciones preventivas de suspensión

título 29.1 LH 1861—; negándose, sin embargo, su inclusión en el asiento de presentación, en el que sólo había de expresarse el derecho a inscribir o anotar, mas no el que fuese objeto de mención (37).

De hecho, la mención prevista en el artículo 29 LH, por no ser asiento formal, no solía someterse a un estricto control de legalidad ni debía acomodarse a un contenido mínimo legalmente preestablecido: La mención significaba la indicación o expresión de un derecho que se publicaba sin la previa presentación de título propio o específico y sin las circunstancias necesarias y esenciales generalmente exigidas por la normativa hipotecaria para la inscripción o para la anotación preventiva; de ahí que su contenido registral fuese a veces imperfecto, incompleto y provisional (38).

de títulos por defectos subsanables —o imposibilidad del Registrador (añadido de 1968)—, las anotaciones de derecho hereditario o de legado de cosa específica inmueble propia del testador y —más o menos (1968)— las de créditos refaccionarios». Secundándole, CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 683.

(37) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *La Ley Hipotecaria*, Madrid, 1862, págs. 599 y 600, atendiendo a la obligada y necesaria expresión de condiciones y cargas en las inscripciones (artículo 9 LH), y en las anotaciones (art. 72 LH), asevera que «nada de esto sucede en los asientos de presentación que —ex artículo 240 LH—, no deben contener las expresadas circunstancias». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 325 —a quien sigue DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194—, con carácter general y rotundo, considera que «la mención de un derecho real sólo puede tener lugar en un asiento de inscripción o anotación preventiva. Por tanto, no puede considerarse tal mención la indicación que de la existencia de un derecho se haga en un asiento de cancelación, nota marginal o asiento de presentación».

(38) DÍAZ MORENO, E.: *Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria*, 2.^a edición, Madrid, 1907, pág. 305, decía que la mención «no se hace en virtud de título cuya validez íntegra califique el Registrador, circunstancias ambas, el título y su calificación, que responden a principios fundamentales del mismo régimen y a las cuales la inscripción se halla sometida». BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 118, también considera que «la mención no es realmente inscripción, ni anotación, porque no reúne ninguna de las formas exigidas a estas clases de asientos»; de ahí que CAMPUZANO Y HORMA, F.: *Legislación Hipotecaria*, 2.^a edición, Madrid, 1926, pág. 332, hable de falta de datos en la mención, de una publicidad imperfecta y de un escape de la legalidad. En la actualidad, así lo advierten, como denuncia: ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 323 (1941), 371 y 372 (1954), 116 y 117 (1968); DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 983. En la jurisprudencia: la Sentencia de 26 de mayo de 1964 habla de «simple mención»; la de 27 de junio de 1986 se refiere a la mención como «mera alusión o indicación» y como expresión «incompleta». La Resolución de 27 de julio de 1899 ya decía que las «menciones no revelan ni pueden revelar todas las circunstancias necesarias para la inscripción completa y definitiva». En efecto, salvo la exigencia de mencionar determinadas circunstancias, hechos o derechos, en la inscripción o en la anotación preventiva de un derecho (cfr., especialmente, arts. 9.1.^a a 6.^a y 8.^a, 30, 32.1 y 72 LH 1861, 1869 y 1909), ningún precepto de nuestro pasado ordenamiento hipotecario precisó con detenimiento los datos que la mención debía contener. Incluso en ocasiones se permitía la inconcreción: vgr., el artículo 25.7.^a RH 1861 y 1870 posibilitaba que «para dar a conocer la estension, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, limite el mismo derecho

Por eso mismo, conforme obligaba el artículo 29 LH en su último párrafo (39), para que la mutación de mención en inscripción fuese plenamente viable, era insuficiente el simple traslado o remisión de los datos contenidos y referidos en aquélla; requiriéndose, por contra, la presentación de un título que, siendo constitutivo o reconocitivo del derecho mencionado, acreditase de modo bastante su existencia y alcance (40). Porque, como dijera GÓMEZ DE LA SERNA, mientras la mención supone «*inscripción indirecta*», la inscripción propiamente dicha se configura como inscripción «directa, especial y determinada» (41).

Ahora bien, si cierto fue que las menciones, sobre todo en la práctica registral, no reunían los requisitos —personales, reales y de forma— legalmente exigidos para cualquier asiento en sentido estricto, caracterizándose, en cambio, por la brevedad y simplicidad de su contenido, no quebrantaban de suyo, por su propia razón y naturaleza, el principio de publicidad ni la necesidad de dar a conocer con certeza y exactitud la verdadera situación de la finca o derecho en cuya inscripción o anotación constaban: Conforme exigía la propia normativa hipotecaria, que hablaba de «mención expresa» y de «expresa mención» (arts. 7.2 LH 1869 y 1909, 8.4 LH 1909, 29 LH 1861, 1869, 1909, y 13 RH 1870), la mención debía ser siempre y en todo caso explícita, específica, clara y precisa, de forma que no dejase lugar a dudas, ni a interpretaciones acerca de la existencia y contenido —subjetivo y obje-

y las facultades del adquirente en provecho de otro, *ya sea persona cierta o ya indeterminada*». Así lo advierte la Resolución de 6 de mayo de 1921, según la cual «las menciones practicadas en los asientos principales del Registro... no comprenden, por regla general, las circunstancias necesarias para dar a conocer de un modo indubitado la persona a cuyo favor se ha de extender en su día la inscripción».

(39) Disponía el último párrafo del artículo 29 LH 1861 que la posibilidad de mención del derecho real «se entenderá sin perjuicio de la eficacia de la obligación de inscribir especialmente los derechos reales mencionados en otras inscripciones, y de la responsabilidad en que pueda incurrir el que deba pedir la inscripción en casos determinados» (con similar redacción las versiones de 1869 y 1909).

(40) Ya el artículo 508 RH 1870 dispondría en su párrafo tercero que «para verificar la inscripción especial y separada de aquellos derechos —mención de derechos reales (párrafo primero) y mención de cargas o gravámenes reales (párrafo segundo)—, deberán presentarse en los Registros los títulos originales o supletorios de los mismos, sin que sea bastante para este efecto la simple traslación de los datos o antecedentes de las respectivas menciones». Al respecto destacan esta idea las Resoluciones de 17 de enero de 1876, de 27 de julio de 1899, de 30 de agosto de 1911 y de 6 de mayo de 1921; y en la doctrina: GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 602; Galindo y de Vera, L. y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R.: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, tomo II, 4.^a edición, Madrid, 1899, pág. 313; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 305; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 553; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 338, letra pequeña.

(41) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600. También la Resolución de 17 de julio de 1876 se refiere a la inscripción como consignación registral de un derecho que se practica «*directamente*», y a la mención como constancia registral que se lleva a cabo «de un modo *indirecto*».

tivo— del derecho mencionado, sino que de modo cierto e indubitable posibilitase su conocimiento por parte de cualquier tercero que consultara el Registro, pudiendo así afectarle lo que en ella se refiriese someramente (42). Todo ello como muestra de la compatibilidad que reinaba, o al menos debía reinar según mandato legal, entre el principio de publicidad registral y la posibilidad de la mención (43).

Las menciones, por tanto, podían ser breves, pero debían ser en todo caso expresas: simplicidad pero claridad habían de constituir las consignas de cualquier mención registral que se amparase, sobre todo, en el artículo 29 LH (44). De ahí que ya un año después de la Ley Hipotecaria de 1861, LA SERNA, tras definir la mención como «inscripción indirecta», precisara: «pero expresiva, clara e indudable» (45). De lo contrario, el derecho mencionado nunca produciría el efecto contra tercero que el propio artículo 29 LH le reconocía.

Incluso, si bien para la mención de la propiedad y de los derechos reales menores bastaba siempre con su explicitud en tanto respondían al tipo legal, existían otros supuestos de mención —los referidos a condiciones y a cargas reales *in abstracto* no prerregistradas— donde el Derecho inmobiliario no se

(42) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 599: «Fíjese bien la atención en la palabra *expresa*, puesta de propósito en el artículo —29.1 LH— para evitar que a fuerza de deducciones y conjeturas se suponga como implícitamente inscrito lo que no está de un modo claro e indudable, convirtiéndose así en daño del tercero lo que no pudo conocer... es menester que —el derecho real— aparezca clara y evidentemente del registro». En la misma línea, GALINDO, L. Y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 318 y 319; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, págs. 303 y 304; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 113; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 573; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 323. Por lo que respecta a la jurisprudencia: la RDGRyG de 17 de julio de 1876 se refiere al carácter «*expreso y claro*» de la mención, y la de 20 de marzo de 1879 habla de «*expresa mención*».

(43) Aclara el propio GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 599, que «dar mayor ampliación al texto de la Ley sería poner el artículo que comentamos —29 LH— en notoria contradicción con el principio de publicidad que es el cardinal que la domina». Como hoy día dice DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194, aunque el derecho real se mencione «sin los requisitos necesarios para provocar una inscripción», «ha de venir claramente determinada en los títulos la referencia al derecho real... y venga determinado con los requisitos indispensables para saber exactamente qué derecho se menciona».

(44) La Sentencia de 22 de mayo de 1889 habla de la mención del derecho al riego como «simple mención» y como «mención expresa»; la de 31 de diciembre de 1963 definirá la mención como «alusión hecha en forma expresa y simple». Incluso en la doctrina científica posterior a la LH 1944-46 se insiste en la consideración de la mención como noticia, referencia, indicación, alusión o indicación simple, si bien expresa: ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 371 y 372 (1954) y págs. 116 y 117 (1968); CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 683 (basándose en DÍAZ MORENO y en ROCA SASTRE); MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 983.

(45) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600. De idéntico modo, la Resolución de 17 de julio de 1876 se refiere a la mención como constancia de un derecho hecha «de un modo *indirecto*, pero *expreso y claro*».

contentaba con que aquélla fuese manifiesta y expresa, sino que exigía además fuese completa e íntegra «mención circunstanciada y literal» rezaban, entre otros, los arts. 25.7.^a y 8.^a RH 1861 y 1870, y 61.5.^a y 9.^a RH 1915 (46). Razonable es, pues, pensar que la práctica abusiva y sin control que de la mención se hizo no fue achacable a su previsión legal. Como en tantas otras ocasiones, la peligrosidad de los instrumentos de los que se sirve el hombre no reside sino en el indebido uso que de ellos se hace.

2. LA CONSIDERACIÓN SUSTANTIVA DE LA MENCIÓN COMO EXPRESIÓN DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE, SIN ESTAR REGISTRADA, SE CONSTITUYE O, YA ESTABLECIDA, SE RECONOCE EN EL MISMO TÍTULO DEL DERECHO QUE SE INSCRIBE O ANOTA Y AL CUAL AQUÉLLA AFECTA

La *communis opinio doctorum*, pasada y actual, conviene en que el «título respectivo», al que se refiere el artículo 29.1 LH desde 1861, no puede ser otro que aquél documento en que por primera vez se indica o refiere el derecho a mencionar y, por supuesto, el derecho cuya constitución, modificación, transmisión o reconocimiento pretende inscribirse o anotarse, según el carácter definitivo o provisional con que se quiera o pueda practicar su inscripción (47). En un mismo título se contienen ambas situaciones jurídicas:

(46) El artículo 25 RH 1861 y 1870, disponía en su regla 7.^a: «Para dar a conocer la estension, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará *mención circunstanciada v literal...*»; y en la regla 8.^a prevenía que la existencia de cargas procedentes del Registro, ya inscritas, «se indicará *brevemente*», en tanto que las cargas resultantes del título, y sin inscripción, «se referirán *literalmente*». En similar sentido, según el artículo 61.5.^a RH 1915 «las cargas de la finca o derecho que se inscriba se expresarán *relacionando brevemente* las que resulten del Registro, con referencia al asiento donde aparezcan, *e integramente* tan sólo las que resulten del título»; y en virtud de su regla 9.^a, se exigirá la «mención *circunstanciada* de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente copiándose *literalmente* las condiciones establecidas en aquél». El artículo 33 RH 1861 y 1870 preceptúa, en sede de adjudicación de bienes para pago de deudas, la «mención *literal* de aquella obligación». Y el artículo 69.2 RH 1915, sobre la mención de aguas de dominio privado, exigía que tales aguas debían «mencionarse *especialmente*». En la doctrina DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 304, considera que con base en los «números 7.º y 8.º del artículo 25 del Reglamento, la mención indudablemente será tan expresa como lo deba ser, puesto que ha de hacerse literal». Por su parte, GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (I), pág. 588, precisan que en todo caso se habrán de indicar las cargas «que *claramente*, según los libros antiguos —o modernos— o el título, afecten a la finca o derecho objeto de la inscripción».

(47) El primero en aclararlo fue GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 601: «No puede caber la menor duda que el título respectivo que aquí habla la Ley, es el de la inscripción o anotación preventiva en el cual se haga mención expresa del derecho real que no esté consignado en el registro por medio de una inscripción separada y especial. La redacción de este artículo no admite otra interpretación que tampoco cabría, atendido el espíritu que domina en todo él». Y así opinará el resto de la doctrina: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 314, DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 307; CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*,

una para su inscripción o para su anotación preventiva, otra para ser referida o mencionada. Es evidente, por tanto, que el origen próximo de la mención estriba en el propio título cuya registración se solicita, y que dicho acto o contrato a inscribir o a anotar no puede referirse *única* y exclusivamente al derecho que se va a mencionar, porque la mención es, por esencia, posible contenido de un asiento registral, nunca un apunte que por sí sólo obligue al Registrador a la apertura de un asiento (48).

Para la mención de condiciones y cargas que directa o mediatemente graven el derecho a inscribir, el artículo 25, regla 8.^a del RH 1861 y 1870 —y su correlativo artículo 61.5.^a RH 1915— exige, sin embargo, que en el cuerpo de la inscripción se expresen las cargas que resulten tanto del título como del propio Registro (49). Cabría, entonces, diferenciar una doble fuente: bien lo contenido en el propio título que se inscribe, bien lo ya inscrito o anotado en el Registro, ya proceda en este *último* caso de los libros antiguos —de la Contaduría de Hipotecas—, ya lo haga de los libros del Registro moderno (cfr., arts. 401 y 402 LH 1909, 507 y 508 RH 1915) (50). Para

pág. 333; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 576; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337.

(48) Conforme a los artículos 25.7.^a RH 1861 y 1870, y 61.9.^a RH 1915 se hará mención circunstanciada y literal «de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho» que se inscribe; y el artículo 64 RH 1861 y 1870 se refiere a la mención de cargas *resultantes del título* («se mencionarán conforme a lo que de él —el título presentado— resulte»). Como dijera ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 325, «las menciones deben practicarse a base de la indicación que de un derecho real se hace en el *título presentado* a inscripción o anotación preventiva. (...) Para que pueda hablarse de mención de un derecho real, es preciso que la misma se haya practicado en el Registro única y exclusivamente porque en un título presentado a inscripción, se aludía o daba noticia de la existencia de un derecho real sobre la finca en cuestión... La mención debe tener su origen próximo en el título inscribible». Y como recientemente ha advertido DÍAZ GONZÁLEZ, C: *op.cit.*, pág. 194, «surge la mención cuando se presenta un título en el Registro para extender una inscripción o anotación, ya que no cabe la presentación de ningún título para hacer constar sólo la mención».

(49) En la misma línea, el artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 —y en semejante sentir el artículo 175 del Reglamento Notarial— imponía a los Notarios «la obligación de hacer mención circunstanciada de todas las cargas reales que tuviesen los inmuebles, para cuyo efecto no sólo se examinarán cuidadosamente los títulos que los otorgantes les presenten, sino que les pedirán todos los que tuvieren y de los cuales puedan resultar dichas cargas». Conforme a dicha Instrucción distingue la Sentencia de 21 de marzo de 1911 entre cargas reales expresadas en los documentos públicos y cargas reales relacionadas en las inscripciones del Registro de la Propiedad. No obstante, el nuevo artículo 145 RN, reformado por RD de 18 de diciembre de 1992, previene que para el caso en que no es aplicable la petición de información al Registrador, «las cargas y gravámenes que recaigan sobre el inmueble se harán constar por lo que resulte de la manifestación de la parte transmitente o constituyente del gravamen».

(50) Distinción a la que alude GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, tomo II: *La anotación preventiva. La cancelación de hipotecas. Derecho transitorio*, Madrid, 1941, pág. 194.

GALINDO Y ESCOSURA todas ellas serán por igual menciones registrales (51). Pero, se trataba simplemente de un arrastre, de la referencia a un gravamen ya inscrito o anotado con anterioridad —sea en libros antiguos o modernos—; esto es, de la remisión que se hace en un asiento a otro anterior en el tiempo; un fenómeno, el del reenvío a asientos preexistentes, que se aleja del sentido propio de la mención, y se asemeja, en cambio, a lo que acontece con las inscripciones de referencia respecto a las principales, o con las concisas en cuanto a las inscripciones extensas (52). Cuando en una inscripción se relaciona otra inscripción anterior, no opera una nueva inscripción de esta última, no hay reinscripción; luego cuando la mención aluda a cualquier asiento registral o incluso a otra mención vigente ha de mantenerse idéntica idea, la de su confirmación o repetición, pero no la de una nueva mención.

La razón de que no se configure como mención registral *stricto sensu* la operación obligada de confirmación de cargas ya registradas se infiere de la propia letra de la Ley: La mención contemplada en el artículo 29 LH es permitida «aunque —el derecho real en cuestión— *no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial*», preceptuándose por esto mismo, en su párrafo final, la posterior «obligación de inscribir especialmente los derechos reales mencionados». Y acerca de las menciones de cargas y gravámenes, reglamentariamente el origen de las mismas es tenido en cuenta respecto a su forma de registración, porque mientras «en el primer caso —las cargas resultantes de una anterior inscripción— se indicará *brevemente* su naturaleza y número, citando el que tuviera cada una y el folio y libro del Registro en que se hallaren; en el segundo —las cargas que resulten directamente del título— se referirán *literalmente*, advirtiendo que care-

(51) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (I), pág. 585, aunque advierten la conveniencia de la supresión de las menciones de cargas ya registradas por su *innecesariedad*.

(52) Ya la Real Orden del Ministerio de Ultramar de 8 de mayo de 1894 —a la que alude en este punto MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 571 y 572— dispuso: «Los derechos reales mencionados a que se refiere el artículo 29 son los que se entresacan de los títulos respectivos presentados al Registro, nunca las menciones que tengan por matriz los libros antiguos, como los gravámenes que se hacen constar de oficio, puesto que la mención ha de surtir efecto desde la fecha del asiento de presentación de los títulos, cosa que no puede tener aplicación a las menciones que se sacan de los libros antiguos». La Resolución de 5 de enero de 1939, acerca de la referencia que de una hipoteca ya inscrita se hace en las inscripciones de fincas segregadas y divididas posteriormente: «referencia que más que mención de un derecho inscrito, equivale, para todos los efectos legales, a la transcripción de la inscripción de hipoteca, análogamente a lo que se realiza, con la referencia que en las inscripciones concisas se hace de las circunstancias generales de la extensa». Tras la reforma de la LH de 1944-46 se mantiene esta diferencia entre mención y arrastre de cargas o derechos ya inscritos en base al artículo 51.7.^a RH: ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), págs. 106, 117, 122 y 123; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 684; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 987; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 818; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 299.

cen de inscripción» (artículo 25, regla 8.^a RH 1861 y 1869). El artículo 61.5.^a RH 1915, aun cambiando el ordinal y la redacción de la regla anterior, mantendrá por entero su espíritu: «Las cargas de la finca o derecho que se inscriba se expresarán relacionando *brevemente* las que resulten del *Registro*, con referencia al asiento donde aparezcan, e *íntegramente* tan sólo las que resulten del título» (53). La consecuencia lógica de tal diferenciación de carácter adjetivo —referida al modo de consignación registral de un gravamen—, surge casi por sí sola: únicamente la indicación o referencia literal e íntegra de la carga derivada del título constituye auténtica mención, esa «mención circunstanciada y literal» del artículo 25.7.^a RH 1861 y 1870, o esa «mención circunstanciada» del artículo 61.9.^a RH 1915, de todo lo que, *según el título*, determine o limite el derecho que se inscribe.

En la actualidad, no satisfecha la doctrina, científica y jurisprudencial, con esta precisión acerca de la fuente próxima de la mención, añade que el título que la contiene por primera vez y la propia mención en sí misma siempre vendrán objetivamente referidos a una situación jurídica preexistente, previamente establecida, que aun gozando de vigencia actual no se constituye en el mismo título o documento que sirve de base para su mención, sino antes y fuera de él, en otro acto o contrato distinto y anterior (54). De lo contrario, si en el mismo título se crean *ex novo* y simultáneamente tanto el derecho a inscribir como la carga o derecho a mencionar que le afecta, la operación registral adecuada no será la mención de la segunda situación jurídica —de sujeción o de poder— en la inscripción de la primera, sino la inscripción de ambas conjuntamente en el mismo asiento registral (55).

(53) A tal precepto, como prueba de distinción entre mención y arrastre, se refieren CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 195; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 326.

(54) El primero en defender esta idea fue ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324; que mantendrá en las posteriores ediciones de su obra (pags. 380 y 381 [1954], 112 y 113 [1968]), y que será unánimemente secundada por la doctrina científica, entre otros: CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 684; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 195; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 984. Por lo que respecta a la jurisprudencia, la Resolución de 7 de julio de 1954, haciendo suyas las palabras del recurrente, define la mención como indicación de la «mera existencia de carga o gravamen real —entendido en sentido lato— que se halla relacionada, mas no constituida o establecida, en el título inscrito o anotado». Siguiéndola, la Sentencia de 31 de diciembre de 1963, y reproduciendo a esta última la Sentencia de 17 de octubre de 1967 y la Resolución de 21 de mayo de 1991 definirán la mención como «alusión hecha en forma expresa y simple en una inscripción o anotación preventiva de un acto inscribible relativo a una finca de la existencia sobre ella de una carga o gravamen real que se halla relacionado, mas no constituido, en el título que originó dicha inscripción o anotación».

(55) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 117. Para Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507, si los gravámenes reales se establecen en el mismo título, no se mencionan, sino que «constituyen material o elementos que integran el acto inscrito y que se inscriben con él».

La significación gramatical y etimológica del vocablo «mención» avala este pretendido concepto técnico de la misma: Según el Diccionario de la Real Academia, ha de entenderse por mención (del latín *mentio*, *-onis*) todo «recuerdo o memoria que se hace de una persona o cosa, nombrándola, contándola o refiriéndola». Mas, ¿se mantiene tal significado cuando el significante «mención» se desenvuelve en el ámbito estrictamente hipotecario? Ni el artículo 29 LH, sobre la mención de derechos reales —plenos o menores—, ni los arts. 25 RH 1861 y 1870 y 61 RH 1915, acerca de la mención de cargas reales, hacían tal precisión.

Con la pretendida exigencia de constitución previa del derecho mencionado, la doctrina trataba realmente de criticar la concepción de mención que en su momento defendiera SANZ FERNÁNDEZ, quien, apoyándose exclusivamente en el artículo 7.2 LH 1909, entendía que «la mención se refiere a un derecho real, distinto del inscrito o anotado, *constituido* en el mismo acto o contrato que éste, a favor de otra persona, sin constar la aceptación de ésta» (56). El artículo 7 de la LH de 1861, acerca de la reserva de derechos en favor de tercero, preceptuaba como obligada su inscripción *ex officio* (57). Sin embargo, en la LH de 1869, además de precisar que lo reservado debía ser un derecho real inmobiliario y amén de imponer su inscripción cuando el título constitutivo no fuese de suyo inscribible, previno en un nuevo párrafo segundo la posibilidad de mención de tal situación cuando el acto o contrato que lo constituía era susceptible de inscripción y en efecto se inscribía: En este caso, se requería «*expresa mención* del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor se hubiere hecho la reserva» (cfr. artículo 7.2 LH 1869 y 13 RH 1870) (58). Las palabras empleadas por el legislador no dejaban ca-

En igual sentido, siguiendo a Roca Sastre, MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 986; y FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, pág. 299.

(56) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 210.

(57) Artículo 7 LH 1861: «La inscripción de los actos o contratos en que se reserve cualquier derecho a personas que no hayan sido parte en ellos, se deberá exigir por el escribano que autorice el título, o por la autoridad que lo espida, si no mediare aquel funcionario, siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo, o de los documentos o diligencias que se hayan tenido a la vista para su expedición».

(58) Disponía el artículo 7 LH 1869 y 1909, en su párrafo primero: «Cuando en los actos o contratos no sujetos a inscripción se reserve cualquier derecho real sobre bienes inmuebles a personas que no hubieran sido parte en ellos, el notario que autorice el título, o la autoridad que lo expida si no mediare aquel funcionario, deberá exigir la inscripción del referido derecho real siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo o de los documentos o diligencias que se hayan tenido a la vista para su expedición». Por su parte, el párrafo segundo dispondrá: «Si los actos o contratos estuvieren sujetos a inscripción, deberá hacerse en ésta expresa mención del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor se hubiere hecho la reserva». Y en esta posibilidad de mención insistirá el artículo 13 RH 1870: «Los Registradores cuidarán bajo su responsabilidad de que al anotar o inscribir, en su caso, los actos o contratos a que se refiere el

bida a la duda. Se trataba de una auténtica mención registral que constataba un derecho —el reservado— cuya causa jurídica, que no simple origen próximo o remoto, se encontraba en el mismo documento que constituía el derecho a inscribir y afectado por la reserva inmobiliaria (59).

Por supuesto, la hipótesis contemplada en el artículo 7.2 LH no era la única, ni siquiera el caso genuino de mención: Se trataba de un supuesto introducido en 1869, cuando las menciones ya existían, y referidas a otros casos, desde 1861 (60). De ahí el error en que incurriera SANZ FERNÁNDEZ, porque no era posible construir la noción hipotecaria de mención a partir de ese sólo cimiento legal: De lo contrario, el resultado sería, y así fue, una visión parcial e incompleta sobre la mención, únicamente referida al derecho que se constituye en el título que se inscribe y no al que simplemente se indica, recuerda y reconoce en él (61), cuando realmente, bajo el sentido estrictamente hipotecario de men-

artículo anterior —artículo 12 RH que se refiere al artículo 7 LH—, se haga en el asiento expresa mención del derecho real reservado y de las personas a cuyo favor conste la reserva».

(59) Incluso nuestra jurisprudencia registral se mostraría conforme al respecto equiparando en materia de menciones los arts. 7.2 y 29 LH: La Resolución de 21 de julio de 1920, acerca de la peligrosidad de mencionar derechos puramente personales u obligacionales, se refiere a la necesidad de no «ampliar los términos de los arts. 7.º y 29 de la citada Ley Hipotecaria de 1909—». Por su parte, la de 16 de julio de 1943 aludirá a «la mención de derechos verificada al amparo de los artículos 7.º y 29 de la Ley Hipotecaria».

(60) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 236: «El concepto de mención está ya en la Ley de 1861 y en su Reglamento (el primitivo)... Si, pues, existía el concepto de mención y no había párrafo 2.º del artículo 7.º, mal podía ser el párrafo 2.º del artículo 1.º base fundamental del concepto de mención». El propio SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 208, dice, por una parte, que el artículo 10 LH 1909 y el artículo 61 RH 1915 «usaban equivocadamente la palabra mención»; y por otra, reconoce que su opinión «difiere de la defendida por la casi unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia».

(61) No obstante, como crítica a la noción de mención *ex* artículo 7.2 LH 1909 que defiende SANZ FERNÁNDEZ, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 324 y 325, nota (1) [1941], 369 y 370, nota (2) [1954], 109 y 110, nota (1) [1968], comparando tal hipótesis de reserva de derecho real con la constitución de hipoteca unilateral (art. 141 LH), dirá que ambos casos son de estricta inscripción, y que el primero, en cuanto estipulación a favor de tercero dirigida a atribuirle un derecho real (art. 1.257.2 CC), en ningún caso será mencionable, «pues en la mención el derecho real se da por constituido, en tanto que en el supuesto de reserva el derecho real no ha podido constituirse sin la aceptación del beneficiado». Amén de que con estas consideraciones prescinda por completo de la evidencia literal del artículo 7.2 LH, al referirse a un derecho real no constituido o en formación, no está sino ratificando en cierto modo la tesis de ATARD Y GONZÁLEZ, R.: «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*» y las llamadas «vocaciones al derecho real» en nuestro sistema hipotecario», en *RDP*, 1924, págs. 281 y 282, para quien, con base en idéntico precepto, la mención es mecanismo excepcional de amparo y protección registral de lo que él califica como «vocaciones al derecho real» —lo comúnmente conocido con el nombre de *jus ad rem*—. Quedaría, entonces, con mayor razón desvirtuada la consideración únicamente gramatical, pero no hipotecaria, de la mención como referencia a un hecho o a un derecho del pasado, ya constituido, pues de acuerdo con ROCA acerca del artículo 7.2 LH estaríamos ante la mención registral de

ción, se admitían ambas posibilidades: Como dijera MORELL Y TERRY, «el derecho real mencionado, o debe resultar constituido —a la vez o simultáneamente— y consentido por los interesados en la misma escritura o documento que se inscribe o —en el caso de que haya sido anteriormente creado— ha de hallarse reconocido por la parte a quien perjudica» (62).

3. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA MENCIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE ROGACIÓN, PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD

El artículo 29 LH, en sus distintas redacciones de 1861, 1869 y 1909, se refería a derechos reales que, aun siendo registrables «*por medio de una inscripción separada y especial*», podían igualmente mencionarse.

Desde un punto de vista objetivo, el sentido de la expresión entrecomillada parece evidente: el propio artículo 29 LH 1861 se refería a «todo derecho real», es decir, a los derechos inmobiliarios que por vocación propia —su naturaleza real— pueden acceder al Registro de la Propiedad mediante el asiento de inscripción. Ese «todo» abarcaba, pues, cualquier derecho real —incluida la propiedad—, con independencia de cual fuese su contenido de poder *in re*. Y si en algún momento pudo suscitarse alguna duda o detectarse una laguna, la Ley Hipotecaria de 1869 vendría a resolver la una y colmar la otra, al precisar en su artículo 29 LH que «el *dominio o cualquier otro derecho real* que se mencione expresamente...» (redacción que se mantendría inalterada en el artículo 29.1 LH 1909) (63). Cabría, por tanto, pensar

un derecho eventual, latente, de creación futura: Diversos pronunciamientos jurisprudenciales hay ciertamente que con fundamento en los arts. 7.º y 29 LH se refieren a la mención de derechos reales «de configuración más o menos perfecta» (Resoluciones de 16 de julio de 1920, de 5 de mayo de 1931 y de 16 de julio de 1943), aunque bien pudieran referirse a cuestiones de especialidad más que de naturaleza del derecho en sí. En cualquier caso, el artículo 7.º LH se refiere siempre y en sus dos párrafos a un mismo supuesto de derecho real reservado en beneficio de tercero, y si impone en un caso su inscripción (párrafo primero), y obliga en otro a su mención (párrafo segundo), no es por la propia reserva en sí, esto es, porque en el primero de los supuestos se trate de un derecho real perfectamente constituido y en el segundo de un derecho real en formación o vocacional, sino en cuanto el acto o contrato que lo establezca y contenga no sea o sí sea, respectivamente, inscribible.

(62) MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 573. Así pues, como dijera CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, pág. 817, «el significado gramatical de la palabra, por su generalidad, no es útil a los efectos hipotecarios. El que según aquél se trate de recuerdo o memoria de una cosa, no precisa realmente nada en el orden hipotecario. Ni incluso el significado gramatical de la frase, «hacer mención», expresiva del acto de nombrar una cosa al escribir (que es lo que se realiza en el Registro, sin que tengamos que aludir a las otras formas de expresión), puede sernos tampoco (*sic*) útil a nuestro estudio».

(63) Según GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 325: «Esta —la LH 1861 en su artículo 29— hablaba sólo de derechos reales, y aunque el *dominio* merece ese califica-

como única hipótesis en la sola mención de los derechos reales inmobiliarios, ya sea el dominio, ya sea cualquier tipo de derecho real limitado o desmembrado (64). En efecto:

— Por razones de exactitud registral, la propia experiencia registral anterior a 1944 muestra, como práctica más o menos usual, supuestos de propiedad mencionada, tales como la mención del dominio directo en la inscripción del dominio útil, y viceversa, la mención de cuota propietaria en cuanto a la otra participación indivisa que sí se inscribía, o la de nuda propiedad en la inscripción del usufructo (65).

tivo por excelencia, podía dar lugar a dudas el no verlo expresamente comprendido en el artículo 29; para evitarlas se adicionó esa palabra en el vigente». Más tajante se muestra ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 325: «la primitiva ley de 1861, sólo hablaba de las menciones de derechos reales, siendo la reforma de 1869 la que añadió la mención del dominio; ello fué no una innovación, sino una aclaración, por comprenderse el derecho de dominio dentro del amplio concepto de derecho real».

(64) La Resolución de 17 de enero de 1933 dirá que *ex* artículo 29 LH sólo son mencionables el dominio y los derechos reales; y en la doctrina: DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 302; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.* (I), pág. 112; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 570; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324. De hecho, cuando GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600, se pronuncia acerca de la inscripción especial y separada, se refiere a los derechos inscribibles *ex* artículo 2 LH.

(65) Al margen de que, como regla general, la inmatriculación de cualquier bien inmueble deba ser de pleno dominio, por un lado, y de que la normativa hipotecaria primitiva se limitara en un inicio a admitir in *abstracto* la mención del dominio (art. 29.1 LH), sería la propia práctica registral la que desde un comienzo mostrara tal posibilidad: Un primer supuesto, de gran uso y aceptación, fue *la mención de nuda propiedad en la inscripción del usufructo* cuando fuese únicamente el usufructuario quien solicitase al Registrador la inscripción de su derecho (Vid. las RR de 17 de julio de 1876, de 20 de marzo de 1879, de 9 de noviembre de 1916, y de 6 de mayo de 1921; y en la doctrina, GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, págs. 325 y 326; MORELL, J.: *op.cit.*, pág. 571). Un segundo caso vino representado por *la mención del dominio directo en la inscripción del censo enfiteútico, del foro o del subforo* cuando solamente fuese rogada la inscripción del gravamen enfiteútico o forero (cfr., entre otros, arts. 39 y 40 LH 1909; RR de 9 de junio de 1869 y de 22 de abril 1892, y en la doctrina: MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 571; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 984). Incluso, partiendo de la doble calificación que en nuestro Derecho reciben la enfiteusis, el foro y el subforo como carga o gravamen y como dominio útil, la posibilidad de mención podría practicarse de modo inverso (MORELL, J.: *op.cit.*, pág. 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194). Cabía igualmente mencionar la propiedad cuando estuviere sometida a otro tipo de censo —consignativo, reservativo—, a una servidumbre o a cualquier otra clase de gravamen real cuya inscripción es aisladamente pretendida: el artículo 8 LH 1909, en sus últimos cuatro párrafos, previno como necesaria la «expresa mención de las fincas gravadas, aunque éstas no se hallen especial y separadamente inscritas» (*sic* cuarto), en la inscripción principal y propia de las servidumbres, treudos y demás afecciones reales —con excepción de la hipoteca que pesaban sobre aquella pluralidad de predios. Así lo advirtió ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324. Como tercer y último caso, la doctrina previó como mención del dominio aquel en que tratándose de una copropiedad indivisa, sólo uno o varios de los copropietarios solicitara la inscripción de su cuota comunitaria (cfr. artículo 20 LH 1909), pues

—Igualmente, se admitió la hipótesis inversa: La mención de derechos reales limitados (usufructo, especialmente), o de gravámenes reales inscribibles por sí mismos (fueros y censos, sobre todo), en la inscripción del dominio al que desmembraban o limitaban (66). Entre tales hipótesis destacaría, por estar expresamente prevista, la mención de servidumbres prediales —sobre todo, de aguas de dominio privado—, en la inscripción relativa al fundo sirviente como peso, gravamen o afección del mismo (cfr. arts. 13 LH 1861 a 1909, y 69 RH 1915) (67).

era lógico que en su inscripción se hiciera mención de las restantes participaciones indivisas y de sus diversos titulares (GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 325; Díaz Moreno, E.: *op.cit.*, pág. 302; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 570 y 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 324; y Resolución de 12 de junio de 1865, sobre un caso de coposesión mencionada).

(66) Partiendo la doctrina de la nuda propiedad mencionada en la inscripción del usufructo, advirtió la hipótesis opuesta, referida ahora al propio derecho de usufructo (GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 311; y MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 579). Por lo que se refiere a las cargas reales mencionables, la Resolución de 11 de marzo de 1932 se refiere a una mención de prohibición de enajenar y gravar los bienes heredados que impide la inscripción de una escritura de hipoteca posterior. La de 18 de abril de 1898 se pronuncia acerca de una mención de foros y censos. La Sentencia de 21 de marzo de 1911, conforme al artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874, que exigía «la mención circunstanciada de todas las cargas reales que tuvieran los inmuebles», se refiere a un censo que se expresa en el documento público y que se menciona registralmente. La Sentencia de 13 de noviembre de 1918 se pronuncia sobre la mención preceptiva y obligada ex artículo 398 LH 1861 de cargas reales en las informaciones posesorias —en el caso se trataba de un censo reconocido en 1620 por el representante del Duque de Osuna en favor de la villa de Algodonales—. En cuanto a RR referidas a censos mencionados en general, destacan las de 18 de marzo de 1865; de 17 de enero de 1876; de 5 de noviembre de 1883; de 31 de octubre de 1884; de 31 de marzo de 1885; de 12 de junio de 1886; de 26 de junio de 1893; de 3 de febrero de 1894; de 18 de abril de 1898, de 6 de junio de 1910; de 18 de septiembre de 1913; de 16 de febrero de 1914. La de 27 de julio de 1899 se refiere a la mención de un censo enfitéutico hecha en la inscripción del dominio útil; y la de 19 de septiembre de 1914 habla de la mención de censos reservativos.

(67) Tratándose de un derecho real inscribible (art. 13 LH), no había inconveniente en que la servidumbre fuese mencionable según el artículo 29 LH (MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 329 y 330). La Resolución de 24 de marzo de 1922, en materia de servidumbre de aguas, permitió que la mención pudiera acreditar: bien una cualidad de la cosa propia, bien un derecho real en cosa ajena en favor de tercero. Pero el artículo 69 RH de 1915 negará tal hipótesis de doble mención: Tras regular en su párrafo primero la posibilidad de inscripción especial y separada de las aguas de propiedad privada en cuanto finca registral independiente, permite su consignación registral en la inscripción de dominio de la finca donde tales aguas se encuentran a través de una doble fórmula alternativa: «podrá hacerse constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte, como una cualidad de la misma —primera posibilidad—, o mencionarse especialmente en dicha inscripción el derecho a las aguas en la forma determinada en el artículo 29 de la Ley —segunda posibilidad—». Por la propia y expresa remisión, en este sentido, del artículo 69 RH 1915 al artículo 29 LH 1909, sólo en el segundo supuesto la indicación registral de la servidumbre será estricta y típica mención, porque, amén de identificar la propiedad de la finca, hace

—Únicamente, por imperativo legal (art. 29.2 LH 1861), pareció quedar excluida como posible objeto de mención la hipoteca —probablemente por razones de especialidad (68).

La vigente Ley Hipotecaria, sin embargo, no se refiere ya de modo expreso a la mención de derechos reales; simplemente habla de la «mención de

referencia al carácter actualmente gravado de la misma. Así habrá de entenderse para toda servidumbre predial: Ya la STS de 26 de febrero de 1942 precisará en general la posibilidad de mención de cargas reales, siempre que: pertenezcan como favor a persona distinta del titular del derecho real que se inscribe o anota; que limiten el derecho real inscrito o anotado; y que no supongan la expresión de un gravamen sobre un inmueble ajeno dispuesto a modo de beneficio propio y consignado por quien dice ser su titular activo. Esta exigencia de mención de servidumbre como carga real de la finca sirviente, y no como cualidad meramente descriptiva del inmueble beneficiado, será secundada posteriormente por la jurisprudencia (RR de 7 de julio de 1954, y de 30 de mayo de 1961; S 17 de octubre de 1967, que excluye de la mención «toda referencia a gravámenes no inscritos hecha en la inscripción del predio dominante») y por la doctrina (ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 377 y 378 [1954], pág. 121 [1968]; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 688).

(68) Tras admitir el artículo 29 LH de 1861, en su primer párrafo, la mención de cualquier derecho real, excluye en su segundo párrafo la mención de hipoteca: «Exceptúase únicamente la hipoteca, la cual no surtirá efecto contra tercero, si no se inscribe por separado». Constituía la hipoteca, pues, la excepción a la regla, el único supuesto de derecho —carga o gravamen real que, siendo inscribible, no podía ser mencionado, o que siéndolo no perjudicaba a terceros (Resolución de 26 de julio de 1867). No obstante, en las posteriores versiones de 1869 y de 1909 del mismo artículo 29 LH se suprimirá finalmente dicho párrafo segundo: ¿Tal vez entonces cabía ya la mención de carga hipotecaria? ¿Acaso era tan evidente la imposibilidad de que fuese mencionada la hipoteca que ni siquiera era necesaria una norma prohibitiva al respecto? Según GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, págs. 601 y 602, sólo hay una explicación coherente para tal prohibición *ex* artículo 29.2 LH 1861: Puesto que el Registro se divide en dos secciones, una primera para la propiedad y los demás derechos reales, y una segunda de las hipotecas; éstas, en aras de su plena eficacia *erga omnes*, tendrán que constar necesariamente inscritas en su propia sección registral, no pudiendo en ningún caso ser mencionadas en los libros registrales pertenecientes a la primera sección del Registro. Adoptando esta interpretación del párrafo segundo del artículo 29 LH 1861, GALINDO Y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 326, considerarán como lógica su supresión por el legislador en 1869 por la propia unificación del Registro inmobiliario en un solo libro o registro que ahora sirve ya para toda situación jurídico-real inmobiliaria (en la misma línea, la Resolución de 30 de octubre de 1871). Cabría entonces pensar, concluyen estos autores (p. 310), en la posibilidad de mencionar válida y eficazmente la hipoteca en la inscripción del inmueble al que sujeta en garantía del crédito. El silencio legal sería, pues, permisivo. En cambio, otro sector de la doctrina —Morell y Terry, J.: *op.cit.*, pág. 571; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 327; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 243— niega dicha mencionabilidad antes y después de 1869: Según los arts. 1875 CC y 146 LH 1909 la inscripción de hipoteca es *constitutiva*, porque mientras no se inscriba, la hipoteca no nace. Luego difícilmente podrá practicarse la mención —que no es inscripción *stricto sensu* de algo futuro, de algo que de momento no existe por no haberse constituido. En nuestra opinión, y sin la pretensión de resucitar la no tan añeja polémica relativa al valor —constitutivo o declarativo— de la inscripción de hipoteca, el propio *iter* cronológico de las normas hipotecarias impide alegar, en contra de la mención de hipoteca, el carácter constitutivo de su inscripción: Por todos es sabido que nuestro Código Civil, con su artículo 1.875, fue

derechos susceptibles de inscripción separada y especial» (art. 29 LH), y, lo que es igual aunque invirtiendo las palabras, de la «mención de derechos susceptibles de inscripción especial y separada» (art. 98 LH). La cuestión, por tanto, a dilucidar no es solamente de rango objetivo, sino también de índole sustantiva y formal: Porque, de acuerdo con lo dispuesto en el anterior artículo 29 LH, para que un derecho pudiera ser mencionado no sólo habría de ser de naturaleza real e inscribible, sino que la inscripción a que pudiera y debiera dar lugar finalmente (ex último párrafo artículo 29 LH), habría de ser *especial y separada*.

Quizá pudiera ello aludir a las distintas secciones en que originariamente se estructuró nuestro Registro inmobiliario: una primera sección para registrar la propiedad y los demás derechos y cargas reales, y una segunda sección especial para la inscripción tan sólo de las hipotecas (69). Pero si esta interpretación podía ser convincente en 1861, no lo será ya a partir de la LH de 1869 porque, aun unificadas ambas secciones en un sólo y único Registro de la Propiedad, continúa empleándose la expresión «inscripción especial y separada» (cfr. arts. 26.1 a, 29 y 98 LH vigente).

Por contraposición a la mención, pudiera entenderse la inscripción especial y separada como aquella que se practica directamente y en debida forma, no por simples referencias o alusiones, en un asiento registral propio y único (vid. arts. 14.4, 32, 313.1 LH, 299 RH) (70). Pero pronto la jurisprudencia

promulgado en 1889, y, sin embargo, ¡la omisión del párrafo segundo del artículo 29 LH sería hecha veinte años antes, en 1869!, cuando todavía se conservaba inmaculado, en cambio, el artículo 146 LH. La clave definitiva acerca de la problemática mención de hipoteca se encuentra, a modo de indicio, en la Sentencia de 13 de julio de 1908, que precisamente la rechaza, considerándola como nula e ineficaz ex artículo 30.2 LH (precepto que se mantiene idéntico en las LLHH de 1861, 1869 y 1909), porque no reúne los requisitos mínimos y necesarios de especialidad y determinación que el artículo 9 LH exige, especialmente en sus números 1.º a 5.º y 8.º, para la total validez de su inscripción. Ahora bien, ¿no cabría, entonces, mencionar la hipoteca conteniendo aquellas «menciones» —según la literalidad del artículo 32.1 LH 1861, 1869 y 1909—, que impone el artículo 9 LH? En efecto, y así lo reconoce ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 327, el artículo 157 RH de 1915, sobre cancelación de gravámenes mencionados, expresamente se refiere, entre otras cargas reales, a la hipoteca mencionada, evidenciando, por tanto, que la mención de hipoteca, aunque hubiere de respetar el principio de especialidad, fue una realidad viable: «Para hacer constar en los libros del Registro la extinción de gravámenes que sólo estén mencionados... deberá extenderse... una nota concebida en los siguientes términos: «Cancelado o subrogado, o reducido, etc., el censo, *hipoteca*, etc...» (que repite en su segundo párrafo).

(69) Así pudiera deducirse de GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, págs. 601 y 602, al decir que la hipoteca no es mencionable porque requiere inscripción especial y separada, esto es, en su propia sección del Registro, en la de Hipotecas, y no en la de Propiedad.

(70) Así lo entienden FLÓREZ DE QUINONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, págs. 193 y 194; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 684 y 686; y MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 984. Incluso las RR de 27 de julio de 1899 y de 6 de mayo de 1921 se referían a la mención como algo distinto de la inscripción completa, definitiva y hecha en debida forma.

(RR de 30 de octubre de 1871 y de 7 de julio de 1954), secundada unánimemente por la doctrina, advertirá que no es ese el sentido de la expresión, puesto que nada se opone a la inscripción separada y especial de dos derechos reales distintos que constituidos en un mismo título y referidos a una misma finca se inscriben, no obstante, conjuntamente, desde una perspectiva formal, en un mismo asiento registral (cfr., arts. 57, 72, 192, 376 y 421.1 RH actual) (71). Es evidente, por tanto, la compatibilidad que existe entre la aptitud sustantiva de inscripción separada y especial —en cuanto derecho o situación jurídica— y la posibilidad adjetiva, a efectos de mecánica registral, de inscripción conjunta —en cuanto a la unidad de asiendo en sí mismo—, quedando, así, desechada la posible concepción de inscripción separada por oposición a la inscripción conjunta.

El verdadero sentido de tal locución parece residir más bien en significar la posibilidad de *inscripción independiente y principal*, no para diferenciarla de las inscripciones de referencia, sino para indicar una situación jurídico-real que es inscribible por sí misma, que puede presentarse a inscripción con título propio y específico, y que, por ende, es idónea para ser objeto principal y contenido básico de la inscripción (cfr. arts. 8 LH 1909 y 69.1 RH 1915 y actuales arts. 8.4.º y 5.º LH y 218 RH) (72). La conveniencia de mencionar estos derechos *ex* artículo 29 LH resultaría, pues, evidente: Puesto que nuestro sistema de inscripción es por norma de práctica voluntaria —principio de rogación (cfr. artículo 6 LH y concordantes en sus distintas versiones de 1861, 1869, 1909 y 1946: «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente...»)—, es posible que un mismo título contenga dos derechos reales que, referidos a una misma finca, se complementen o afecten, y que la petición de inscripción sea parcial —referida a uno sólo de ellos—; sería entonces cuando surgiese la mención como instrumento auxiliar para hacer cognoscible la situación cuya inscripción no ha sido rogada, pero cuyo

(71) Existiendo un único libro para el Registro tras la LH 1869, según la Resolución de 30 de octubre de 1871, «en los casos... en que se trata de registrar varios derechos reales que resultan de un mismo título, no hay necesidad de hacer más de una inscripción, debiendo solamente consignarse en inscripciones separadas aquellos derechos que aparezcan en títulos diversos». Según la Resolución de 7 de julio de 1954, ya con apoyo en el artículo 57 RH, «a veces las escrituras o títulos presentados a inscripción contienen dos o más actos inscribibles relativos a las mismas fincas», en cuyo caso ha de practicarse «conjuntamente la inscripción en un solo asiento». Hacen idéntica observación: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 320; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 578 y 579; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 257; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 386 y 387; LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 123; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 207 y 208.

(72) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 107, dirá que los derechos susceptibles de inscripción especial y separada, que para él únicamente lo son las cargas y derechos reales inmobiliarios, «son en general susceptibles de constituir objeto básico de una inscripción especialmente destinada».

contenido y propia existencia precisan la completa extensión de aquella otra situación jurídica que efectivamente se inscribe porque así se ha pretendido (73).

Ahora bien, otras situaciones jurídico-reales que, aun no siendo inscribibles de modo autónomo y aislado por presentarse subordinadas y dependientes de otra, también podían ser mencionadas en las inscripciones y anotaciones extendidas a la principal, no ya según el artículo 29 LH, que en efecto no las comprende, sino de acuerdo con los arts. 25 RH 1861 y 1870 y 61 RH 1915 (cfr., entre muchos otros, arts. 9.2.º LH 1861, 1869, 1909 —en relación con artículo 32 LH—, 401.2 y 402 LH 1909, y arts. 25.7.ª y 8.ª RH 1861 y 1870 —y el correlativo artículo 61.5.ª y 9.ª RH 1915—, 26.1.º y 2.º RH 1915, 27 RH 1861, 64 RH 1861 y 1870, 157 y 508 RH 1915, y artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874) (74).

En contra de la literalidad de tales normas, que hablaban de «mención circunstanciada y literal» para referirse a la indicación que se hiciera en los libros del Registro de las condiciones, cargas, limitaciones y demás restric-

(73) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 320, basándose en la posibilidad de inscripción conjunta de dos derechos contenidos en un mismo título inscribible y referidos a una misma finca (Resolución de 30 de octubre de 1871), y puesto que la inscripción en nuestro sistema es voluntaria, entendieron que si de los dos derechos que constaban en el mismo documento sólo se solicitaba la inscripción de uno de ellos, los Registradores «han de limitarse a hacer la inscripción que se pretenda y *mencionar expresamente* el otro derecho real». En idéntico sentido, MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 579: «Cuando se pide la inscripción de los diferentes derechos sobre una misma finca comprendidos en un mismo título, se practicará pues, una sola inscripción, y si se pide únicamente la inscripción, por ejemplo, de la nuda propiedad o del dominio y no la del usufructo o la hipoteca, aquellos derechos se inscribirán y éstos resultarán mencionados».

(74) Por remisión del artículo 32 LH 1861, 1869 y 1909 —que exige «hacer mención en ella de todos los requisitos...»— al artículo 30 LH, y de éste al artículo 9.1.º a 6.º y 8.º LH, hay que entender como mención la expresión de las «cargas» tanto del «derecho que se inscribe» (art. 9.2.º LH), como «del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción» (art. 9 3.ª LH). Los arts. 25.7.ª y 8.ª RH 1861 y 1870, y 61.5.ª y 9.ª RH 1915 exigen la «mención circunstanciada y literal» de las cargas que resulten del título y afecten al derecho que se inscribe. En virtud del artículo 27 RH 1861 y 1870 —no ya en 1915—: «Toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantaciones a otra, espresará con toda claridad esta circunstancia, al hacer *mención de las cargas* que pesen sobre el derecho que se inscriba». El artículo 64.2.ª RH 1861 impone la mención de cargas que resulten del título y no estén ya inscritas en la anotación preventiva instada. El artículo 17 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 exigía «la mención circunstanciada de todas las cargas reales que tuvieren los inmuebles». Los arts. 393 LH 1909 y 26 RH 1915 exigen, por su parte, la mención de cargas en la inscripción de posesión. El artículo 157 RH 1915 establece el modo de cancelación de gravámenes mencionados. En régimen de Derecho transitorio, los arts. 401.2 y 402 LH 1909 se refieren, respectivamente, a «las cargas y gravámenes... mencionadas» y a la «mención de dichos gravámenes o derechos reales»; y, por último, el artículo 508 RH 1815 alude en su párrafo segundo a «las menciones de cargas o gravámenes».

ciones que afectasen al derecho inscrito —o anotado (cfr. artículo 72 LH 1861)—, un importante sector de la doctrina, sobresaliendo como cabeza visible ROCA SASTRE, niega esta apariencia de mención que la misma ley genera: No estamos, se dice, ante un nuevo derecho real distinto del que se inscribe o anota, sino ante una *simple circunstancia* que, aun gozando de trascendencia real —en cuanto limitación o restricción—, es accesoria y secundaria, carece de titularidad y sustantividad propias; de ahí que no sea mencionable en sentido técnico por su incapacidad para inscribirse especialmente, siendo, en cambio, un elemento que forma parte integrante del acto o derecho principal y con el cual se inscribe o anota como particularidad del mismo (75).

Pero, ¿acaso no es la mención registral contenido añadido a un asiento principal —generalmente de inscripción o de anotación—, de cuyo contenido forma parte y en el que se expresa, consigna o alude algo que afecta a lo inscrito o anotado, limitándolo o identificándolo? Las razones aducidas en sentido crítico únicamente servirían para desmentir la ubicación de estas menciones en el artículo 29 LH, porque, en efecto, son situaciones no inscribibles separadamente, pero nunca desvirtuarán su calificación como mención, ni negarán su *justificación*: Ante las diversas formas de registración posibles, nuestro legislador, desde un principio, ha optado siempre por el sistema de inscripción, un método de toma de razón que, a diferencia de la transcripción, no requiere la copia completa y literal del título que se registra, sino un breve, aunque expresivo, extracto o compendio de su contenido. Mas, dado que este

(75) Así se pronuncian en cuanto al artículo 61 RH 1915, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 329 (y luego, pág. 381 a 384 [1954], y pág. 104 [1968], donde hablará de mención amplísima o en sentido genérico); DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 38; y, ahora, conforme al artículo 51.6.º y 7.º RH: CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 684, 685 y 687; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, pág. 819 y 820; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 194; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 982 y 986; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Barcelona, 1995, págs. 325 y 326. Y en cuanto a la jurisprudencia: La Resolución de 27 de marzo de 1947 niega como mención la modalidad o condición de la relación jurídica inscrita cuya expresión registral viene exigida por el artículo 61.9a RH; la de 7 de julio de 1954, en el caso de una servidumbre de paso y luces que se inscribe conjuntamente con el predio dominante, considera que su consignación registral difiere de la mención, entre otras razones porque se trata de una circunstancia requerida por los arts. 9 LH y 51 RH. Por su parte, las Sentencias de 31 de diciembre de 1963 y de 24 de enero de 1964 niegan como mención la indicación de un dato esencial de la descripción e identificación de la finca. La Sentencia de 23 de diciembre de 1992, acerca de la indicación de obra comenzada y paralizada en la inscripción de una finca, entiende que no es una mención, porque se trata de una parte integrante de la finca inscrita y que no es susceptible de ser objeto de inscripción como finca independiente.

(76) Como se dijera en la Resolución de 6 de mayo de 1921, las menciones «acreditan la existencia de un derecho que limita al directamente inscrito, o que completa con él la plena propiedad de la finca». También la S. de 26 de febrero de 1942 habla de la

sistema de inscripción adoptado en nuestro Derecho debe colmar íntegramente la exigencia de publicidad, habilitando un conocimiento lo más exacto, verdadero y perfecto posible del derecho registrado y de su contorno o extensión, será conveniente reflejar, y así dar a conocer, en el Registro todo aquello que lo limite, que sirva para identificarlo o que complete con él la plena propiedad del inmueble. Surge, entonces, esta mención registral como mecanismo necesario para dar precisamente constancia registral de esas facultades o simples limitaciones moldeadoras del contenido objetivo del derecho inscrito, contribuyendo, de este modo, a su determinación y, con ello, a cubrir también las necesidades requeridas por el principio de especialidad (cfr. arts. 25.7.^a RH 1861 y 1870, y 61.9.^a RH 1915) (76).

Así lo entendió LA SERNA desde un principio: Comentando el artículo 29 LH en su redacción originaria y dirimiendo acerca del asiento en que la mención podía constar, se preguntaba: «Y ¿por qué la Ley no comprende aquí al lado de las inscripciones y anotaciones preventivas los asientos de presentación?»; y respondía: «La contestación es sencilla; porque según las circunstancias segunda y tercera del artículo 9.º de la Ley deben constar en las inscripciones las condiciones y cargas de cualquier especie del derecho que se inscribe e igualmente las del derecho sobre el cual se constituye el que sea objeto de inscripción, lo que debe observarse también en las anotaciones preventivas según el artículo 72» (77); entendiéndolas, pues, como menciones.

Bajo esta genérica acepción de gravamen real y al amparo de aquellos preceptos de la Ley y Reglamento hipotecarios, otros autores abogarían, entonces, por la mención de toda clase de condiciones —resolutorias o suspensivas—, cargas y situaciones jurídicas de trascendencia real que, siendo de carácter secundario, accesorio y dependiente, no eran susceptibles de inscripción especial y separada: Se trataría de una mención, la del artículo 9.2.º LH y concordantes, no encajable en la del artículo 29 LH, pero tan estricta o técnica como ésta (78).

menção «de una facultad perteneciente a titular distinto del derecho que se inscribe o anota, limitativa de éste o que complete con él la plena propiedad de la finca. Como indicaba CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 327, «el fundamento de la mención, consiste en que como el Registro debe recoger los derechos de la realidad, reflejándolos tal como en ella se dan, si en la práctica un derecho aparece relacionado con otro, esa relación puede implicar una limitación o un medio de identificación del derecho que se inscribe, y, por lo tanto, debe constar en el Registro, mencionándose la limitación o la razón que sirve para distinguirle».

(77) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 599.

(78) Son de esta opinión: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311, y ATARD Y GONZÁLEZ, R.: *op.cit.*, pág. 281, ambos con apoyo en el artículo 9 LH; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, págs. 92 a 94; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 571; y Díaz Moreno, E.: *op.cit.*, pág. 302, basándose éstos en el artículo 25.7.^a y 8.^a RH. CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329, se refiere a la mención de «derechos satélites que van unidos a otros íntimamente, de los que no pueden separarse», de derechos (pág. 332) «que, por ser

Quizá en la coordinación de ambas posiciones doctrinales, antagónicas entre sí, acerca de esta mención de derechos no susceptibles de inscripción especial y separada, resida la clave para determinar qué tipo de situación, no siendo apta para la inscripción directa, puede ser objeto de mención. Dicho nudo gordiano sería ya desvelado por CAMPUZANO Y HORMA y por GIMÉNEZ ARNAU, al precisar que para mencionar propiamente una carga, condición o gravamen real ha de tratarse de una situación jurídica que, constituida y establecida o simplemente referida y reconocida en el título que se presenta a inscripción o anotación, *no sea elemento o límite natural, normal o usual del derecho real inmobiliario que se inscribe o anota*, sino que, precisando el contenido, alcance y extensión del mismo, lo afecte y limite, bien en su objeto —la cosa—, bien en su propio contenido de poder *in re* —de goce o de disposición— (79).

En cuanto a la previsión normativa de estas menciones, como caso particular, junto a la mención de reservas inmobiliarias (arts. 7.2 LH 1869 y 1909, 13 RH 1870 y 228 RH 1915), el artículo 10 LH 1861, 1869 y 1909, en relación con la expresión del aplazamiento o no del pago según preveía el artículo 11 LH, decía: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, *se hará mención* del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago». En la misma línea, según el artículo 25.7.^a RH 1861 y 1870, «para dar a conocer

accesorios de un derecho inscrito o anotable, deben figurar en el Registro adheridos o dependientes de la inscripción o anotación en que conste el contrato principal, armonizándose perfectamente la naturaleza subordinada del derecho con la naturaleza secundaria de la mención». En la misma línea GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194 a 197. La Resolución de 5 de mayo de 1882 se refiere a la mención de una «carga o gravamen» practicada en «la inscripción del predio gravado»; la Real Orden de 11 de abril de 1884 hace alusión a la mención de «cargas»; la Resolución de 12 de junio de 1886 habla de «censos y gravámenes mencionados»; la de 24 de noviembre de 1916 se refiere a «gravámenes que sólo estén mencionados en las respectivas inscripciones de las fincas a que afecte»; y la de 21 de junio de 1944 atenderá en general a la mención de «cargas o gravámenes».

(79) Refiriéndose al artículo 61.5.^a RH, CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 195: «Hay que hacer notar que la regla citada se limita a decir que *se copiarán* las condiciones establecidas en el título; se verifica, pues, una verdadera transcripción de ellas, la cual, a nuestro juicio, debe producir los efectos de una mención»; por supuesto, «no deben transcribirse todas las condiciones establecidas en el título, sino únicamente las que afecten al derecho inscrito o limiten las facultades del adquirente, siempre que, además, no sean naturales del acto o contrato que se inscribe». Por su parte, en base a los arts. 9 LH y 61 RH, consideraba GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194: «Todas estas consignaciones que se hacen en los libros del Registro, y que reflejan, bien una alteración material de la cosa sobre que recae el derecho objeto de la inscripción, bien una alteración en la extensión normal del derecho inscrito... se denominan *mentiones*». Las Resoluciones de 6 de mayo de 1921 y de 26 de febrero de 1942 se referían a la mención de un derecho o gravamen real que sea limitativo del derecho inscrito o anotado —o que complete con él la plena propiedad de la finca—.

la extensión condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de... los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fuesen de esta especie las inscritas», refiriéndose el artículo 61.9.^a RH 1915 en general a la copia literal de condiciones. Atendiendo, pues, precisamente a la caracterización del precio, de su forma y posible aplazamiento como *condición*, *in concreto* como condición resolutoria tácita que limita la propiedad transmitida, era mencionable (80); una mencionabilidad habilitada, no por el artículo 29 LH, que sólo se refiere a la mención de situaciones susceptibles de inscripción especial y separada —y la condición no lo es (81), sino por el artículo 9.2.º LH 1861, 1869 y 1909, en general, y por los arts. 25.7.^a RH 1861 y 1870, y 61.9.^a RH 1915, en particular. De hecho, incluso como carga personal pudiera ser mencionada, porque el artículo 25.8.^a RH 1861 y 1870 se refiere a «las cargas de la finca o derecho a que afecte la inscripción inmediata o *mediatamente*», dejando así un portillo abierto para mencionar obligaciones. FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ denunciará, de hecho, la mención en la práctica de numerosísimos derechos de crédito emascarados como condiciones del derecho real inscrito o anotado (82). Y así

(80) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, págs. 333 y 334; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 111; e incluso ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 119, citando la mención de obligación en las inscripciones de bienes para pago de deudas, admiten, en principio, la posibilidad de mención de derechos personales siempre que se les atribuya los efectos de *condición resolutoria*, porque ya entonces podrá perjudicar a los terceros posteriores adquirentes. GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 63, 153 a 155 y 198 (I), 195 y 196 (II), aunque advierte la inutilidad de estas menciones de derechos personales, porque en ningún caso tendrán efectos reales si se mencionan como tales situaciones estrictamente obligacionales. Por lo que respecta a la jurisprudencia, la Resolución de 9 de mayo de 1911 se referirá a la mención de una obligación *ex* artículo 11 LH 1909 que no puede ser declarada nula y sin valor por una escritura pública posterior.

(81) La Resolución de 17 de enero de 1933 se muestra contundente al expresar que «el hecho de hacerse constar en el Registro la parte del precio que queda aplazada, tampoco puede estimarse como mención, sino como una condición especial del contrato que se inscribe, de obligatoria constancia en la inscripción, pero que no encaja en el artículo 29 de la Ley Hipotecaria».

(82) FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 163. También lo advierte ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, págs. 340 y 341 (1941), 374 a 376 (1954), 105 (1968). Incluso: DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, pág. 555, dirá que «en sentido registral se entiende por mención la alusión, hecha en un asiento, a un derecho real o personal distinto del que lo motiva». Así, por ejemplo, el artículo 33 RH 1861 y 1870 (y en cierto modo el art. 378 RH 1915), en relación con el artículo 45 LH, prescribía en particular la «*mención literal*» de la obligación en la inscripción de los bienes adjudicados para pago de deudas en las sucesiones testamentarias, quiebras y concursos (cfr. con actual art. 2.3 LH). Estimando la doctrina, en contra de la Sentencia de 23 de mayo de 1899 y de la Resolución de 20 de agosto de 1906, que se trataba de un derecho personal, y no de un derecho real, admitió sin más su consignación registral como mención de tipo personal, tan técnica o propiamente dicha como las menciones reales del artículo 29 LH: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, págs. 316 a 318 —aunque *de lege ferenda* proponen su no mención, sino su inscripción—; DÍAZ MORENO, E.: *op. cit.*, pág. 308; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág.

fue desgraciadamente, porque, de no haber sido ésta la realidad, hubiera carecido de sentido la actual DT 1.^a A) LH, que, conforme al objetivo de no registrar situaciones sin trascendencia real y refiriéndose a las «menciones de cualquier clase», prevé en particular el régimen de cancelación por caducidad de las «menciones de derechos personales» .

4. LA EFICACIA HIPOTECARIA PURAMENTE DEFENSIVA DE TODA MENCIÓN REGISTRAL EN CUANTO CONDICIÓN DE OponIBILIDAD

Por la redacción en singular del artículo 29.1 LH —«efecto (que no efectos) contra tercero»—, esta clase de mención real sólo gozaba de un único efecto (83), y a primera vista de carácter meramente «*negativo o defensivo*» (84): el de *perjudicar* al posterior tercero adquirente del derecho inscrito o anotado que se encuentra afectado, de una u otra forma, por el mencionado. Dicho ulterior o futuro adquirente no podrá de buena fe o eficazmente ignorar el derecho real mencionado, ni llevarse a engaño aduciendo desconocimiento acerca del mismo (85): Primero, porque la mención *acredita* en el campo

112, 118 a 120; CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 334; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, págs. 117 a 119. En cuanto a la jurisprudencia, la Resolución de 20 de diciembre de 1912 se limita a referirse a «la mención regulada por el artículo 33 del Reglamento»; y aunque la de 20 de agosto de 1906 la estime como derecho real, también habla de «mención» *ex* artículo 33 RH.

(83) También el artículo 401.2 LH 1909 se refiere al «efecto contra tercero» de las menciones de cargas y gravámenes; el artículo 69 RH 1915, sobre la mención de aguas de dominio privado, se refiere en su párrafo tercero a su «efecto contra tercero»; y el artículo 508.2 RH 1915 se remitirá, acerca de «las menciones de cargas o gravámenes», a «los efectos que en él —artículo 29— se determinan». Así lo advierten GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311 y 312; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 304; y siguiéndoles, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 334; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 574. En cambio, BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 114 y 115, se refiere a un triple efecto de la mención. Podría decirse, entonces, más bien que la mención produce un efecto principal —contra tercero—, y que éste, no obstante ser único, presenta derivaciones o consecuencias.

(84) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329, y DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 35, hablan en cuanto a las menciones de un efecto «puramente defensivo y negativo»; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337, de «una vida hipotecaria puramente vegetativa, de mera afección, y existencia probable». Ya la Resolución de 5 de mayo de 1931 se refiere a la «fuerza negativa» de las menciones del artículo 29 LH.

(85) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 600: «Con buena fe no podría, pues, el adquirente sostener que la finca adquirida estuviera libre de carga o servidumbre mencionados—: la ficción de la ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el registro, no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas». Según BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op. cit.*, pág. 114, la mención tiene como efecto el de «perjudicar a tercero, a quien le pone sobre aviso para que no se llame a engaño». GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311, consideran que el artículo 29 LH limita los efectos de la mención «a que perjudique a tercero, impidiéndole que pueda alegar igno-

registral, frente a terceros, la existencia del derecho mencionado (86), y, segundo, porque con igual fuerza *impide* el juego de la fe pública registral en favor del potencial tercero hipotecario, quien, no pudiendo estar avalado por la buena fe si pretende desconocer lo mencionado, no podrá rechazarlo o negarlo; todo lo contrario, deberá respetarlo, sufrirlo y tolerarlo en su existencia y en el posible ejercicio de su contenido (87).

Como inmediata consecuencia de este efecto contra tercero, la mención provocará el cierre registral *ex arts.* 17 y 20 LH, porque entretanto la mención registral y el propio derecho real al que aquélla se refiere existan y persistan no podrán ser desvirtuados en la esfera del Registro: La mención implica *ab initio* un obstáculo o impedimento que excluye la pretensión de inscripción —o de registración en general— de cualquier derecho que por ser incompatible perjudique al mencionado; impedirá, debiéndose denegar o en su caso suspender, la registración de cualquier acto o contrato por el que, sin consentimiento de su titular activo, se extinga, anule, grave, reduzca o transmita el derecho real mencionado (88).

rancia». Para MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 574, «este es el único efecto de las menciones: *perjudicar a tercero*», «la persona que desee contratar sobre determinada finca, al acudir al Registro, tiene que enterarse de la mención y no puede alegar ignorancia». GIMENEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 198: «quien adquiera una finca en la que exista una mención de esta clase —del artículo 29 LH— no puede alegar ignorancia, y por ello, es perjudicado por la mención como si estuviera inscrito». También para ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 334, «surtir efecto contra tercero significa perjudicar a terceros adquirentes».

(86) Decía la Resolución de 5 de mayo de 1931 que la mención de un derecho «impone a los terceros la existencia de un derecho real». Según la de 16 de julio de 1943 «no se puede desconocer la existencia y alcance de tal mención que ha tomado rango en el orden registral».

(87) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329: «La mención, por tanto, defiende el derecho mencionado, y obliga al tercero que lo respete». ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 335 y 336, para quien la mención «evita que el juego de la fe pública pueda actuar en beneficio de un subadquirente de buena fe. El tercer adquirente de una finca afecta a un derecho mencionado, ya no puede invocar respecto de éste la protección de la fe pública registral, pues ésta sólo enerva lo no inscrito: en consecuencia debe soportarlo». En la Resolución de 16 de julio de 1943 se dirá que en virtud de las menciones «los terceros no adquieren las fincas libres de cargas, ni pueden invocar la fe pública del Registro para dejar sin efecto su contenido».

(88) Así se pronunciaba la Resolución de 28 de junio de 1896: «mientras esa mención —de servidumbres de pastos, en el caso— subsista no puede inscribirse en el Registro ningún título por el cual se extinga o reduzca el derecho mencionado sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la mención, o sin que recaiga la correspondiente ejecutoria, según previene el artículo 82 de la Ley Hipotecaria». En idéntico sentido, las de 28 de octubre de 1907, de 6 de junio de 1910 —que habla de extinción o transmisión del derecho mencionado— de 9 de noviembre de 1916, de 19 de diciembre de 1916, la (s) de 13 de noviembre de 1918 y de 16 de julio de 1943). De hecho, la Resolución de 16 de febrero de 1914, acerca de la mención de un derecho real en favor de determinado Patronato, entendió que «no es procedente la inscripción solici-

Se entenderá, entonces, que la mención, en este mismo sentido defensivo, se *equipara* a los asientos de inscripción y de anotación preventiva, puesto que *únicamente* podrá *extinguirse mediante su cancelación formal* conforme a las exigencias y requisitos establecidos por el artículo 82 LH: Será necesario el consentimiento de la persona favorecida por la mención (titular activo del derecho real mencionado), y, en su defecto, de su representante legítimo o de sus causahabientes en ningún caso, a instancia del perjudicado por la mención, su titular **pasivo**—; y se habrán de presentar en cualquier caso los documentos que acrediten la extinción o redención del derecho o gravamen real mencionado (artículo 82 LH); o bien, prescindiendo de todo ello cuando no fuere posible, bastará la correspondiente ejecutoria, una sentencia firme del Tribunal que declare la invalidez del derecho en cuestión mencionado (89).

tada —por el Estado—, conforme a lo prevenido en los artículos 20 y 29 de la Ley Hipotecaria vigente». Por su parte, la de 11 de marzo de 1932, partiendo de una prohibición de disponer que se encontraba simplemente mencionada en la inscripción de dominio de una finca, denegó la inscripción de una hipoteca que pretendía sujetarla. Y en la doctrina así lo destacan: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 311; BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, págs. 114 y 115; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, págs. 574 y 575; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), págs. 338 a 340; y GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 198.

(89) Así lo entendió la jurisprudencia, que en su mayoría se refiere a la cancelación de censos mencionados, insistiendo en la necesidad de «documento fehaciente» o de «sentencia firme» que acredite la redención de aquel censo (Resoluciones de 5 de mayo de 1882, de 5 de noviembre de 1883, de 31 de octubre de 1884, de 28 de junio de 1896, de 28 de octubre de 1907, de 9 de noviembre de 1916, de 22 de febrero de 1941 y de 16 de julio de 1943), y en la legitimación activa para solicitar dicha cancelación, negándola siempre al censatario (Resoluciones de 31 de marzo de 1885, 12 de junio de 1886 y de 6 de junio de 1910). La S de 13 de noviembre de 1918, acerca de la mención de un censo reconocido por el Duque de Osuna en favor del precioso pueblo de Algodonales, afirmó entonces de modo tajante: «está claro que, equiparada... a la inscripción o anotación, la mención de que se trata, no pudo ser cancelada hallándose vivo el derecho a que se refiere»; una equiparación que también advertirá ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 338 y 339. Desde una perspectiva puramente adjetiva, sin embargo, dicha cancelación del asiento de mención (según Resoluciones de 18 de marzo de 1865, de 5 de noviembre de 1883, de 12 de abril de 1884, y de 31 de octubre de 1884), habrá de practicarse por regla general mediante simple *nota marginal*, que se extenderá en los libros antiguos y modernos al margen del último asiento del mismo derecho en que aparezca hecha la mención que lo afecta; una tendencia consagrada ya en la práctica que encontrará plasmación normativa en el artículo 157 RH de 1915 —sin antecedentes en los RRHH de 1861 y de 1870, pero con un claro precedente, que casi copia literalmente, en la RO de 12 de abril de 1884—: «Para hacer constar en los libros del Registro la extinción de gravámenes que sólo estén mencionados en las respectivas inscripciones de las fincas a que afecten, deberá extenderse al margen del último asiento de la misma finca en que aparezca hecha la mención, una nota concebida en los siguientes términos: «Cancelado o subrogado, o reducido, etc., el censo, hipoteca, etc., que se menciona en la inscripción adjunta, según escritura otorgada por ... y ... ante el Notario de ..., D..., el día ..., que ha sido presentada a este Registro a ... de tal día, como consta del asiento número ..., folio ..., tomo ... del Diario» (Fecha, media firma y honorarios)». Así, la Resolución de 24 de noviembre de

La razón de esta oponibilidad registral, frente a todo tercero, de la mención era evidente (90): no tanto ya, como dice DÍAZ MORENO, porque el derecho real mencionado venga constituido, consentido o reconocido por las personas interesadas y a la vez perjudicadas por aquél (91), sino más bien porque dicho derecho real, en tanto consta mencionado en el Registro, se hace público —tan público como si estuviese inscrito—, luego puede ser fácilmente conocido por cualquier tercero que, con independencia de cuál sea su interés, consulte de uno u otro modo el Registro (92). Será la propia publicidad y posibilidad de

1916, dirá que «a tenor del artículo 157 —del RH— y de la Real Orden de 12 de abril de 1884, la extinción de gravámenes que sólo estén mencionados en las respectivas inscripciones de las fincas a que afecte, deberá extenderse al margen del último asiento de la misma finca en que aparezca la mención».

(90) No tan congruente, en cambio, resultaba que la mención fuese hipotecariamente eficaz «desde la fecha del asiento de presentación» —decía el artículo 29.1 LH *in fine*—; un asiento en el que sólo aparecía reflejado el derecho cuya inscripción o anotación se solicitaba, mas no el que iba a ser objeto de mención. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, pág. 601 —al que sigue ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337, nota (1)—, partiendo de la consideración del asiento de presentación como aviso o señal innegable de la preexistencia de un derecho real pendiente de inscripción, advierte que el tercero no debe llevarse a engaño y le propone que adopte las medidas oportunas, tales como el examen del propio título presentado. Por su parte, GALINDO y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 314, recomiendan al tercero paciencia, que espere a que definitivamente se practique la inscripción o anotación instada, para ya entonces poder conocer en toda su extensión el derecho registrado. Pero, no dejando de ser sino simples consejos ante la aparente incongruencia legal, señalan estos últimos autores —a quienes sigue MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, págs. 576 y 577—, a tenor del artículo 240 LH, la oportunidad de que en el asiento de presentación el Registrador no sólo haga referir el derecho principal que se inscribe, sino también, «aunque sea en forma ligerísima», los derechos que se comprendan en el título presentado y puedan ser mencionados.

(91) DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 303. Pero, como se decía en la S de 21 de marzo de 1911, la mención de un derecho —en el caso, un censo— en un documento público o en una inscripción, no implica necesariamente *reconocimiento* del mismo, sino *simple conocimiento*.

(92) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op. cit.*, pág. 600, considera que el efecto de la mención, en cuanto inscripción indirecta, se fundamenta «en el principio cardinal de la Ley Hipotecaria—. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el registro», y en este sentido no puede hacerse distinguos entre mención e inscripción, porque los derechos mencionados «son tan públicos en el registro como aquellos que tienen una inscripción separada y especial». Ya en la Resolución de 5 de mayo de 1882 se dirá que la mención «produce efecto contra tercero del mismo modo que si estuviera inscrito, con arreglo a la doctrina consignada en el artículo 29 de la citada Ley, sin perjuicio de la obligación que siempre resulta de hacer la inscripción especial correspondiente». En idéntico sentido, las de 28 de junio de 1896, de 28 de octubre de 1907 y de 6 de junio de 1910, que estiman «equiparados en sus efectos la mención de los derechos reales a las inscripciones»; y en la doctrina, MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 574; y GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 198. Ya en la Resolución de 16 de diciembre de 1889, se decía: «dado que por ser un derecho mencionado que afecta a finca conocida, ni puede estimarse que es derecho no inscrito, pues a ello se opone el artículo 29 de la misma Ley».

conocimiento *erga omnes* que la mención genera lo que haga posible que dicha eficacia contra tercero sea real y efectiva en el derecho real mencionado (93).

Pero en lo demás, y como prueba de su diferencia con la inscripción, a la mención se le entenderán *negados todos los demás efectos registrales*, que son los propios del asiento de inscripción; o lo que es igual, faltará en la mención cualquier atisbo de *eficacia activa, positiva u ofensiva* (94); a saber:

a) Se le niega a la mención la salvaguardia de los Tribunales: El derecho mencionado, por el sólo hecho de la mención, no puede hacerse valer contra tercero ante los órganos de justicia ni ante cualquier otra autoridad de índole pública *ex* artículo 396 LH 1861 y 1869 (arts. 389 LH 1909 y actual 313 LH) (95).

b) Se la priva de los efectos de legitimación registral establecidos en los arts. 24 y 41 LH (96).

(93) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.* (II), pág. 310 y 311, señalan la publicidad y el conocimiento como fundamento de esa eficacia frente a terceros; CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op. cit.*, pág. 327, y, siguiéndole literalmente, DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 35, se refieren sólo al principio de publicidad como razón de la misma. Rotundamente se decía en la Resolución de 5 de mayo de 1931 que «la mención de derechos verificada al amparo del artículo 29 de la Ley Hipotecaria goza de la protección del llamado principio de publicidad»; y en la misma línea la de 16 de julio de 1943: «Considerando que nuestro sistema hipotecario acepta como base el principio de publicidad, y como lógica consecuencia y desarrollo del mismo, la mención de derechos verificada al amparo de los artículos 7 y 29 de la Ley Hipotecaria, gozan de la protección de tal principio mientras aparezca vigente en el fondo de los asientos».

(94) Ya decían GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 324, que «hay diferencias, y muy esenciales, entre la mera mención y la verdadera inscripción; y no pueden reputarse cosas idénticas las que producen distintos efectos». MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575: «El artículo 29 no concede los mismos efectos a la mención de un derecho que a su inscripción especial. La mención surte efecto contra tercero, pero nada más; la inscripción produce el mismo efecto, y además, los de los artículos 20, 24, 34, 36, 41 y 389 principalmente». La propia Sentencia de 26 de febrero de 1942 afirmaba que «no cabe entender establecida la identidad absoluta de efectos entre la mención y la inscripción». Por su parte, CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 328, considera que «examinando... los artículos fundamentales de la ley, se observa que ninguno de ellos, ni por su espíritu, ni por su letra, es aplicable a las menciones». Según ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 335, a la mención «los demás efectos le son negados», (pág. 339), «todos los efectos que no sean derivación de aquél —perjudicar a tercero—, no le son reconocidos». GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 198: «la mención surte los mismos efectos que la inscripción, salvo los que no entrañan protección pasiva o defensa contra tercero, sino titularidad activa, o sea de los artículos 17 y 20 y del 41». Ya la Resolución de 5 de mayo de 1931 se refería a la «fuerza negativa» de la mención, negando, en cambio, su consideración como «asiento positivo».

(95) De este modo, y con razón en la obligación de inscribir lo mencionado *ex* artículo 29 LH, se manifiestan GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *op.cit.*, págs. 602 y 603; GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 312; y MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575. Sólo BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 118, considerará que la mención «se halla admitida por la ley y recibe tutela de los tribunales de justicia».

(96) Porque tales preceptos sólo se refieren a la inscripción (CAMPUZANO Y HORMA, E.: *op.cit.*, pág. 328; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 340).

c) Se le niega el efecto consignado por el artículo 36 LH: La mención no evita en favor de tercero la nulidad, rescisión o resolución del título o derecho mencionado y no inscrito (97).

d) Carecerá del beneficio consagrado en el artículo 34 LH: La mención no crea la presunción invulnerable que la fe pública registral representa, puesto que le está vedada la eficacia positiva de los arts. 17 y 20 LH (98); no juega aquel principio a favor del adquirente del derecho mencionado por la sencilla razón de que su anterior titular, el transmitente, no está facultado para disponer de su derecho con reflejo en el Registro —otra cosa sería extrarregistralmente—, en tanto no sea previamente inscrito (99).

De ahí el sentido del último párrafo del artículo 29 LH que, en consonancia con su párrafo primero, obliga a inscribir por sí mismo y especialmente el derecho mencionado para que así sea plenamente eficaz y surta todos los posibles efectos registrales (100). Aquí, como siempre, la inscripción se erige en *necesaria* para que efectivamente el derecho, registrado en un inicio a

(97) También conforme a una interpretación literal de la norma, MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 576; y CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 329.

(98) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, págs. 328 y 329, dice que «la fuerza legitimadora del artículo 34 se refiere únicamente a los títulos inscritos, nunca a los mencionados». En similar sentido, DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 305, quien alude a los artículos 17 y 20 LH. ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), págs. 339 y 340, se limita a señalar «la imposibilidad de que se den en la mención los efectos del artículo 34 de la ley a favor del adquirente del derecho, objeto de la misma —mención—; la fe pública registral no puede entrar en juego aquí».

(99) Se decía en la Resolución de 9 de junio de 1869: «El recurrente, fundado en que en la inscripción del dominio útil se hacía mención del directo a favor de don Jaime, pidió que se ordenara la inscripción solicitada. (...) El regente: teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 20, declaró que era necesaria la previa inscripción del dominio directo en favor del transmitente». Ya la Resolución de 5 de mayo de 1931 había dejado sentado que la mención «no faculta a los beneficiados para disponer mientras no se extienda la inscripción especial a que se refiere el párrafo segundo del mismo artículo —29 LH—», de ahí que hablase de «una mención de fuerza negativa frente a las pretensiones de los terceros; pero no un asiento positivo que faculte para transmitir con arreglo al artículo 20 de la citada Ley». Y en dicha imposibilidad de disponer hipotecariamente de lo mencionado en tanto no se inscriba abundan en la doctrina: GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, págs. 311 y 313; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575; DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 305; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 339.

(100) Para BARRACHINA Y PASTOR, F.: *op.cit.*, pág. 114, esta obligación de inscribir constituye un efecto propio de la mención. Como dice ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 340: «El párrafo segundo del artículo 29 —1869 y 1909—, dentro de su imperfecta técnica, demuestra claramente que tan sólo con la inscripción especial del derecho mencionado, logrará éste plena vitalidad hipotecaria». GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 198: «El titular de un derecho mencionado no puede disponer de él hipotecariamente, ni tiene la protección posesoria en tanto no se cumpla lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29, es decir, en tanto la garantía de la mención no se haga plena y absoluta por consecuencia de la inscripción separada y especial».

través de simple mención, despliegue absolutamente su eficacia hipotecaria una vez haya sido debida y convenientemente inscrito (101).

Y si finalmente se procede a dicha conversión de la mención en inscripción, los efectos de esta última se *retrotraerán* al momento en que la mención comenzó a desplegar su oponibilidad, de modo que el derecho antes mencionado y ahora inscrito se *antepondrá* a todos aquellos derechos que tras practicarse la mención fueron de una u otra forma registrados. Este, y no otro, era el sentido de que la mención constituyese *ab initio* una advertencia a los terceros de la existencia de un derecho pendiente de inscripción (102).

Aun con la salvedad de no poder transformarse en inscripción y adquirir con ello plenos efectos registrales, semejante oponibilidad hipotecaria frente a terceros era predicable de las menciones relativas a cargas de trascendencia real que no fuesen susceptibles de inscripción especial y separada. Porque idénticas razones de publicidad y cognoscibilidad absoluta, justificadoras de la eficacia de las menciones del artículo 29 LH, eran extensibles a estas otras

(101) En opinión de GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 312; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.*, pág. 575; y DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 306, ese es el sentido de la palabra «obligación» de inscribir que usa el artículo 29 LH, pues aunque, salvo excepciones, la inscripción sea voluntaria, ahora por su conveniencia deviene en «forzosa».

(102) Como decía la Resolución de 27 de julio de 1899, las menciones no «producen todos los efectos de tal inscripción, sino el único de advertir a los terceros que sobre el mismo inmueble hay otros derechos reales pendientes que, si bien no se hallan inscritos en debida forma, pueden inscribirse en cualquier tiempo con la presentación de los respectivos títulos, anteponiéndose en tal caso a los demás derechos que al hacer dicha mención o después se inscriban sobre el propio inmueble», siendo «esta circunstancia suficiente para que, en virtud de tales menciones... la inscripción especial del expresado derecho —en el caso, un censo del año 1648— actúe con efecto retroactivo» (Siguiendo este pronunciamiento, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 338, letra pequeña). Por esto mismo, ATARD Y GONZÁLEZ, R.: *op.cit.*, pág. 281 (y actualmente DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 200), considera la mención del artículo 29 LH «como medio de lograr las finalidades de la reserva del rango», porque los derechos —para él los *iura ad rem* o vocaciones al derecho real— amparados «con la mención hacen un hueco en el Registro de la Propiedad, porque el título respectivo puede después presentarse —a inscripción— y hacer eficaz la mención». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 337, prefiere ver en la mención «una entidad registral vacía de contenido positivo a la manera de una reserva de rango o puesto registral»; y considera (pág. 334) «que si esta función —la de reserva— es necesaria, lo procedente sería suprimir la mención y permitir la reserva convencional de rango».

(103) GALINDO y ESCOSURA: *op.cit.*, pág. 311: «También es aplicable esta doctrina —de las menciones— a las cargas de que, se hace especial mención, en virtud del deber que al Registrador impone el artículo 9.º de la Ley, de consignar las condiciones limitativas del derecho del adquirente, y cualesquiera cargas que, aun no inscribiéndose por separado, surten efecto contra tercero, según el artículo 29». El propio MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 579, refiriéndose a la mención de una acción resolutoria, dice: «¿Perjudicará a tercero esa mención? Entendemos que sí, y que aunque no se trate de derechos reales, sino de otra clase de limitaciones, el principio de publicidad del Registro impone

mentiones, diferenciadas de aquéllas únicamente por su materia (103). Por supuesto, la registración infiltrada del puro y simple crédito a través de la mención no *mutaba* la naturaleza jurídica de este, convirtiéndolo en derecho real, ni le confería eficacia frente a terceros, *erga omnes*, sino que conservaba incólume su eficacia relativa o *inter partes* —entre las partes intervinientes y, en su caso, frente a los causahabientes— (104). De ahí que ya entonces, y con anterioridad a la reforma hipotecaria de 1944, se levantasen con razón voces críticas acerca de la conveniencia de estas menciones puesto que sólo enturbiaban y desacreditaban el sistema registral inmobiliario (105). Sólo cuando el elemento obligacional se recalificase por afectar al objeto del derecho real inscrito —el inmueble— y por adoptar el carácter de condición, su mención estaría justificada como medio para hacerla oponible frente a los terceros (cfr. arts. 11, 37.1.º y 38.2.º LH) (106).

la misma solución que dehiere expresarse en el artículo 29». Según DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 306 y ss., para hacer valer contra terceros la mención de derechos que no necesitan título propio —no susceptibles de inscripción especial y separada—, bastaba con la certificación del Registro.

(104) Es la opinión común de la doctrina —DÍAZ MORENO, E.: *op.cit.*, pág. 308; GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, págs. 316 a 318; MORELL Y TERRY, J.: *op.cit.* (II), pág. 572; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), págs. 340 y 341—, y de la jurisprudencia —Resoluciones de 4 de diciembre de 1897, de 17 de enero de 1933—, incluso posterior a la reforma hipotecaria de 1944, con apoyo en el artículo 98 LH —Resoluciones de 17 de octubre de 1945, de 27 de marzo de 1947, de 7 de julio de 1949, y de 10 de octubre de 1971—.

(105) GALINDO, L. y ESCOSURA, R.: *op.cit.*, pág. 318, sobre la mención del artículo 10 LH en concreto. GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194 y 195, sobre las menciones personales en general.

(106) Para CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 333, la mención de un derecho personal, siempre que se le atribuya el efecto de una condición resolutoria, perjudicará a los terceros adquirentes. BARRACHINA Y PASTOR, R.: *op.cit.* (I), pág. 120, considera que la mención personal prevista en el artículo 33 RH produce una *garantía real* en favor de los acreedores cuando así se hubiese estipulado expresamente; con lo cual la eficacia no deriva del derecho personal en sí sino de la propia afección real de determinados bienes al pago de la obligación mencionada (GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.*, pág. 118 y 119). FLÓREZ DE QUÍÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 160 a 163, aun estando conforme con la doctrina científica y jurisprudencial en cuanto a la no alteración de la naturaleza ni de la eficacia de los derechos personales mencionados, advierte que en la práctica «viciosa» de tales menciones, especialmente bajo la forma de condición, eran considerados por los particulares como auténticos gravámenes.

III. LA MENCIÓN REGISTRAL TRAS LA REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944

1. NECESARIA MATIZACIÓN ACERCA DE LAS MENCIONES PRACTICADAS BAJO EL ANTIGUO RÉGIMEN HIPOTECARIO: LA EXTINCIÓN FORMAL DE UNAS Y LA APARENTE SUPERVIVENCIA DE OTRAS

El carácter imperativo de la DT 1.^a LH actual, sobre la caducidad e ineficacia de las menciones pasadas, es indiscutible (107); mas, su sentido y alcance ha de ser precisado en su justa y estricta medida (108):

Por una parte, aunque ROCA SASTRE considerara en un principio que la caducidad implica ineficacia sustantiva y adjetiva (109), aquélla actúa dentro de un ámbito *puramente formal o adjetivo*, exclusivamente referido a la mención, pero no como caducidad sustantiva o de fondo, que afecte también al derecho mencionado en su existencia, contenido y eficacia (110). Es posible, pues, que extinguida la mención, la situación jurídica mencionada perviva porque aún existe, sin que haya prescrito, en el campo del Derecho civil. Por esto mismo, la caducidad hipotecaria estatuida en aquella norma no beneficiará a los terceros que tengan conocimiento real del de-

(107) «Caducarán y no surtirán efecto alguno, siendo canceladas...» (inciso inicial); «caducarán y no surtirán efecto alguno... deberán ser canceladas...» (parte final del párrafo segundo, letra A). En la redacción originaria de la Disposición, según la Ley de 1944, se decía «podrán ser canceladas». Esto, según FLÓREZ DE QUINONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, págs. 189 y 190, podía plantear problemas de interpretación: si el Registrador podía o realmente debía cancelar la mención. Por entonces, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (art. de 1945), pág. 296, entendió que «la cancelación no queda a la discreción del Registrador, sino que es preceptiva». Ya en la redacción definitiva de la LH de 1946, se solucionaría tal cuestión al determinar expresamente que las menciones «deberán ser canceladas».

(108) Las Resoluciones de 28 de junio de 1896, de 20 de agosto de 1906, de 9 de mayo de 1911, de 18 de septiembre de 1913, de 24 de marzo de 1919, de 22 de octubre de 1920, de 22 de febrero de 1941, de 16 de julio de 1943, y de 21 de junio de 1944, sostienen que los procedimientos de caducidad son de interpretación restrictiva.

(109) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (art. de 1945), pág. 296, considera que «la caducidad de estas menciones implica una ineficacia absoluta, a diferencia de las menciones nuevas, en las que la ineficacia es únicamente a los efectos hipotecarios».

(110) Se limita a decir GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *op.cit.*, pág. 305, que «las normas y plazos de las disposiciones transitorias afectarán al asiento, a la cancelación formal del asiento, pero no a la pervivencia de su contenido». Por su parte, RUIZ ARTACHO, J.: *op.cit.*, pág. 246, considera «que se regula en ellas —en las DDTT de la LH— la caducidad de menciones y de determinados asientos, pero no la de fondo o de derechos inscriptos (*sic*)». Coincide con él DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 346; y así lo admitirá finalmente ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 404, en base a la Sentencia de 24 de mayo de 1952, en cuya virtud la DT la LH establece una caducidad «meramente declarativa de extinción de la mención como parte integrante de un asiento en la simple esfera hipotecaria —registral— o en relación a terceros —artículo 76 LH—, pero sin afectar a la esfera civil —extrarregistral— o relación jurídica existente entre las partes».

recho mencionado cuya constancia registral es ya cancelable por su caducidad (111).

Por otra parte, tampoco es sostenible la opinión de Roca Sastre, para quien por la propia caducidad se han de considerar las menciones como no hechas, como inexistentes aunque aún no estén canceladas (112). La caducidad, aunque venga impuesta de pleno derecho e implique finalmente la total ineficacia registral de la mención «caducarán y no surtirán efecto *alguno*», dice en dos ocasiones la DT 1.^a LH (113), no opera de modo automático ni *ex tunc*, desde que la mención fue hecha por primera vez, sino como ineficacia sobrevenida, en *ningún* caso de índole originaria, y *ex nunc*, desde el momento en que el Registrador procede a su cancelación (114). La caducidad no provoca por sí misma la extinción formal de la mención; es la causa que motiva su extinción mediante la oportuna cancelación que deberá ser practicada por el Registrador «de oficio» o «a instancia de parte» (115), siendo

(111) Basándose en la Sentencia de 7 de noviembre de 1953, MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*,

(112) Para ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 404, «esta caducidad se ha producido de derecho, *ipso iure* o automáticamente, debiendo reputarse tales menciones como si no hubieren sido hechas o practicadas... ello significa que han de considerarse como si no existieran, de modo que, aunque no estén canceladas, no tendrán virtualidad ninguna, ni siquiera para situar simplemente en posición de mala fe hipotecaria a los terceros adquirentes». CHACÓN, J.: *op.cit.*, pág. 502, se limita a decir que «la caducidad de una mención lleva consigo su cancelación».

(113) RUIZ ARTACHO, J.: *op.cit.*, pág. 247, considera que «esa caducidad, transcurridos los términos fijados, se decreta, en general, de pleno derecho, no sólo por el fin perseguido por la reforma —la liberación de cargas prescritas—, sino por la forma de expresión de la Ley». DE LA RICA y MARITORENA, R: «La cancelación registral», en *RCDI*, 1974, II, pág. 1310, habla de caducidad «por disposición legal», «por disposiciones transitorias de la Ley».

(114) En base a la Sentencia de 24 de mayo de 1952, admite ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 404, que las menciones «habrán dejado de surtir efectos *ex nunc*, mas no *ex tunc*, pero precisando: «como si no existieran a partir de la fecha de su *caducidad*» (pág. 405) «Por tanto, la caducidad de las menciones solamente podrá beneficiar a los terceros que hayan adquirido después de haber quedado las mismas *caducadas*» (los subrayados son nuestros).

(115) En efecto, la cancelación prevista en la DT 1.^a A) LH deberá ser llevada a cabo por el Registrador: bien por propia iniciativa —«de oficio»—, cuando así lo estime conveniente al practicar cualquier asiento registral o al expedir una certificación de cargas o de dominio (art. 353.3 RH); bien «a instancia de parte», estando legitimada a tal fin cualquier persona que lo pida, sea el favorecido, sea el perjudicado por la mención, o incluso cualquier tercero que tenga interés, puesto que la causa de cancelación dispuesta ahora responde a la caducidad *ope legis*, establecida por el mero transcurso de un tiempo desde que fue practicada la mención. De ahí que ya ni siquiera sea necesario presentar documento acreditativo de la extinción del derecho mencionado (Resolución de 22 de noviembre de 1945), porque la decadencia de la propia mención viene forzada por el Derecho, que en esta sede se erige en norma de *ius cogens*. La forma de cancelar estas menciones será la habitual, la hasta entonces practicada (cfr. art. 157 RH 1915), y ahora ratificada en los arts. 188 y 353.3 RH: Se extenderá *nota marginal cancelatoria* en el

entonces cuando opera su ineficacia registral (116). Por eso, la caducidad e inoperancia hipotecarias de las menciones, una vez canceladas, sólo repercutirán en beneficio de los posibles futuros terceros que, con posterioridad a la cancelación, adquieran o presten sobre la finca afectada por la mención; pero no sucederá lo mismo, en cambio, para quien era titular del derecho afecto por el mencionado en el momento mismo de la cancelación, puesto que tenía conocimiento a través del Registro de la existencia del derecho que se mencionó y que pervive fuera del Registro (117).

Evidentemente, puesto que cancelada la mención se presume extinguido el derecho en cuanto a posteriores terceros (cfr. arts. 76 y 90 LH) —con independencia de que en efecto el derecho viva *extrarregistralmente*—, lo incuestionable a partir de entonces es que la mención no existe y que el derecho al que aquélla se refería no surte ningún tipo de efecto registral. Pero, ¿es predicable este régimen extintivo respecto de toda mención hecha con anterioridad a la nueva normativa hipotecaria? Así lo entiende la doctrina (118); pero a nuestro juicio se equivoca:

La DT1.^a LH, para no perjudicar derechos adquiridos, distingue entre menciones que en la fecha de 1 de julio de 1945 tuvieron quince o más años, por un lado, y menciones que en esa misma fecha tengan menos de quince años, por otro (119): las primeras podrán ser sin más canceladas porque se

último asiento en que conste practicada la mención, debiendo expresar su caducidad como causa de la cancelación, la fecha en que ésta opera y media firma del Registrador (art. 373.2 RH).

(116) Como se dice en la Sentencia de 27 de junio de 1986, la cancelación de oficio de las menciones «no libera al Registrador de practicar el correspondiente asiento de cancelación de la mención, *hasta cuyo momento no cabe estimarla como extinguida*» (el subrayado es nuestro). Por tanto, la ineficacia no acontece desde la caducidad, sino desde la cancelación.

(117) Acerca de una servidumbre *altius non tollendi* constituida en 1935 y mencionada en la inscripción del predio sirviente, adquirido después por el demandado en 1941, y que luego, conforme a la nueva normativa hipotecaria, se cancela, dice la Resolución de 24 de mayo de 1952 que si «se admite la certeza del hecho de que el demandado al adquirir la finca conocía la existencia de la servidumbre por la mención que de ella constaba en la inscripción del predio adquirido, es indudable que no puede considerarse tercero protegido por la fe pública del Registro, aunque con posterioridad haya sido cancelada dicha mención». En la misma línea, la Sentencia de 17 de octubre de 1967, en cuya virtud, «dada la fecha de la cancelación, posterior a su adquisición, ellos nunca podrían ostentar la calidad de terceros de buena fe a los efectos del artículo 34 de la LH, lo serían en todo caso los posteriores adquirentes».

(118) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 389; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 691 y 692; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, págs. 822 y 823; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 990; PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(119) Un plazo el de quince años que, en armonía con lo dispuesto en el anterior artículo 29 LH, habrá de computarse desde la fecha de presentación del título en cuya virtud la mención se practicó por primera vez en la inscripción o anotación preventiva

consideran ya caducadas (DT1.^a A] LH, en su primer párrafo); mientras que a las segundas se les concede un período de dos años, a contar desde el día 1 de enero de 1945, para que se *muten* en inscripción o en anotación preventiva; un bienio durante el cual tales menciones producirán el efecto registral contra tercero que la legislación hipotecaria pretérita les confería (art. 29 LH), y que una vez transcurrido —en la fecha de 1 de enero de 1947 sin que la conversión haya tenido lugar, procederá, al igual que con las otras, su cancelación por caducidad (120).

Pero no sólo atiende la normativa transitoria a la edad hipotecaria de la mención para prescribir su extinción. El régimen de cancelación por caducidad de las menciones anteriores a la actual LH no sólo se encuentra condicionado temporalmente, sino también según la materia mencionada: Para indicar las «que en 1.º de julio de 1945 tuvieron quince o más años de fecha», se refiere a «las menciones de cualquier clase», a todas ellas en bloque, sin hacer mayores distingos, comprendiendo, pues, tanto las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada, como las menciones que expresen derechos no inscribibles autónomamente (121). Pero, cuando la disposición transitoria ordena la extinción registral de las menciones con duración inferior a quince años que en el plazo de gracia no se hayan convertido en inscripción o anotación, expresamente se refiere: en primer lugar, a «las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada», y, después, equiparándolas a las anteriores en cuanto a su cancelación por caducidad, a «las de derechos personales» (122), mas no a aquella mención referente a derechos no susceptibles de inscripción propia y específica.

motivada por aquel documento —con la salvedad contenida en la Disposición transitoria 2.^a RH para el caso de reconstrucción del Registro—. Así lo advirtió la Resolución de 22 de noviembre de 1945, y en el mismo sentido, DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342; FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, pág. 189; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 389; y DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op. cit.*, pág. 197.

(120) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 402; y MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 990, así lo explican. Como se dice en la Resolución de 22 de noviembre de 1945, esta disposición adicional —refiriéndose a la de la ley de 1944— «no exige para la cancelación otro requisito en los supuestos a que se contrae que el mero transcurso de quince años, según el primer párrafo, y de dos años en el segundo».

(121) Precisa DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 342, que «también han caducado las menciones de derechos personales existentes en igual fecha —1 de julio de 1945—; aclaración innecesaria, dada la generalidad del precepto». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 405, habla de menciones de derechos reales y de menciones de derechos personales.

(122) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 406, hace una doble crítica sobre el régimen de cancelación por caducidad de las menciones personales: por un lado, considera «improcedente emplear aquí el concepto de caducidad, pues tales menciones no tienen por qué caducar, ya que son nulas o inoperantes desde su mismo nacimiento»; y de otro, que «olvida la DT1.^a LH— determinar qué pasa con las llamadas menciones de derechos personales de fecha posterior al 1 de enero de 1945 y anterior al 1 de julio de

Lógica y coherente se muestra entonces la DT1.^a LH con los principios rectores de la reforma hipotecaria: Los derechos inscribibles de modo principal deben constar debida y directamente inscritos (cfr. arts. 606 CC, 13, 32 LH y 7 RH). «Los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada, deben cuidar directamente de su ingreso en el Registro», rezaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 (123). Y, por otra parte, concuerda la disposición con el rechazo generalizado, salvadas determinadas excepciones, al ingreso de derechos puramente obligacionales en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 98 LH, 9 y 51.6° RH).

Bajo el amparo de la letra y espíritu de la DT 1.^a, A) LH, cabría mantener, pues, la supervivencia de aquellas menciones que contengan derechos no susceptibles de inscripción especial y separada —excluidas las referentes a derechos de crédito— que en la fecha de 1 de julio de 1945 no hayan alcanzado una vida registral de quince años salvada la particularidad temporal, de 30 años, de las menciones de legítima ex DT1.^a, B) LH—. Ningún régimen de Derecho transitorio implica necesariamente la desaparición de instituciones pasadas; máxime cuando en las legislaciones hipotecarias anteriores a la presente ya se había establecido un sistema transitorio de traslado y adaptación de las menciones practicadas en los libros antiguos, procedentes sobre todo de la Contaduría de Hipotecas, a los libros del Registro moderno, y ello jamás supuso la defunción de la mención en sí misma como válida y eficaz toma de razón (vgr., arts. 401 y 402 LH 1909, 507 y 508 RH 1915) (124).

Admitidas, entonces, como viables estas últimas menciones registrales, su ulterior desenvolvimiento habrá de entenderse sometido al nuevo régimen establecido; mas ¿cuál es la previsión actual acerca de estas y otras menciones?

este mismo año. Nosotros creemos que deberán aplicárseles las mismas reglas»; por su parte, FLÓREZ DE QUÍÑONES, V: *op.cit.*, pág. 189, propone, mucho más allá de la letra de la disposición transitoria, que tales menciones personales se estimen caducadas instantáneamente.

(123) Como también dijera el Ministro de Justicia, AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14, «los derechos reales perfectos, aptos para figurar en el Registro bajo asiento especial, no pueden mencionarse; deben inscribirse».

(124) Para un estudio de este régimen transitorio de las menciones, *vid.*, por todos, MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*, págs. 815 a 818; y FLÓREZ DE QUÍÑONES Y TOMÉ, V.: *op.cit.*, págs. 133 a 156, refiriéndose, sobre todo este último, a los artículos 307 RH 1861, 7 RD de 30 de julio de 1862 y RO de 15 de diciembre de 1862, 31 y 32 LH de 1909 —arts. 401 y 402 en el texto legal definitivo e integrado—, y 508 RH 1915. Sobre pronunciamientos registrales en esta materia, destacan: RR. de 19 de septiembre de 1914, de 17 de julio de 1917, de 22 de octubre de 1920, de 10 de octubre de 1927, de 3 de mayo de 1929 y de 23 de octubre de 1934.

2. LA ACTUAL INOPERANCIA REGISTRAL Y CONSIGUIENTE CANCELABILIDAD
DE LAS MENCIONES DE DERECHOS SUSCEPTIBLES
DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA

El espíritu de la reforma hipotecaria no deja lugar a dudas: «Ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial», decía la Ley de 1944 en su texto expositivo. No hay, en cambio, en la nueva legislación una sola norma que de forma tajante prohíba mencionar un derecho susceptible de inscripción autónoma (125). De hecho, la R de 24 de febrero de 1993 reconoce «que nuestra misma legislación no parece haber excluido enteramente las llamadas menciones (éstas aparecen en las inmatriculaciones de nuda propiedad, de una cuota en condominio, del dominio directo, del dominio útil, etc.) (126).

La innecesariedad, en cualquier caso, de pronunciarse acerca de la posible mención de esta clase de derechos y justificarla por no existir una norma impeditiva al respecto, deviene por lo impuesto en los arts. 29 y 98 LH, 51.7.^a, 188 y 353.3 RH que, si bien no la prohíben expresamente, le niegan cualquier protección hipotecaria y ordenan su expulsión del Registro mediante la oportuna cancelación; resurgiendo, entonces, con plasmación positiva, la inspiración supresora de 1944 (127).

(125) Así lo reconoce ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 391 y 392: «Es de advertir que en la Ley Hipotecaria vigente no existe precepto alguno que formalmente prohíba practicar menciones propiamente dichas, a pesar de que en su parte expositiva hable de «la supresión de las menciones»».

(126) Al margen de la opinión contraria a la mención de derechos inscribibles separadamente, y que constituye legión, destacables son las consideraciones favorables a la misma: Así, la Resolución de 24 de mayo de 1983, y siguiéndola GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.*, pág. 190, nota (4), admite *ex* artículos 7.2 LH y 312 RH la mención del usufructo. La STS de 3 de octubre de 1974 parece admitir la mención del censo enfitéutico —como dominio útil—, y autores como LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 96; GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Sentencias comentadas del TS. Derechos reales e hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 796 y 797; y GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), págs. 257 y 258, afirman en general la mención del dominio —útil o directo—. En cuanto a la hipoteca, sólo admite su mención, a partir de una errónea lectura de la Resolución de 21 de abril de 1948, DE COSSÍO, A.: *op.cit.*, págs. 284 y 285. Y en cuanto a la servidumbre de aguas, en contra del actual artículo 66 RH, que elimina precisamente su mención prevista antes por el artículo 69 RH 1915, la Resolución de 30 de mayo de 1961, y siguiéndola las de 15 y 26 de junio, de 11 y 14 de julio del mismo año, admite su mención en la inscripción del inmueble gravado.

(127) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 294 (art. de 1945), decía que «el anteproyecto de reforma prohibía expresamente que en ningún asiento se hiciera mención de derechos susceptibles de inscripción especial y separada; la Exposición de Motivos de la nueva ley responde a este criterio. No obstante, en el proyecto del Gobierno desapareció aquella norma, que entrañaba un mandato de exclusión dado al Registrador, y en su lugar, se optó por la fórmula de negar efectos hipotecarios de gravamen a tales menciones; esta fórmula ha pasado a la nueva ley». Para GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *op.cit.*, pág. 294: «El

Y no es aceptable, en este sentido, suscitar ninguna duda interpretativa por el hecho de que el artículo 51.7a RH se refiera a «cargas y limitaciones» y que el artículo 188 RH expresamente disponga la liquidación o cancelación de «gravámenes que sólo estén mencionados», o porque el artículo 353.3 RH, referido a la mención en general, se ubique en sede de «certificación de cargas» (128). El artículo 98 LH, que precisamente desarrollan aquellos preceptos reglamentarios y al que se remite en particular el artículo 51.7a RH en el corte final de su primer párrafo, se refiere a la cancelación de *cualquier derecho* que, siendo inscribible por separado y de modo especial, únicamente es mencionado en el Registro. Por tanto, no ha lugar a la incertidumbre sobre las menciones que, por su propia inoperancia registral (arts. 29 y 98 LH), son cancelables y en efecto han de ser canceladas —a instancia de parte o incluso de oficio por el Registrador (129): Son aquellas que expresen una situación

legislador conocedor de una realidad, se sitúa en el plano de la práctica, y en vez de prohibir (que implícitamente lo hace) que se hagan menciones, adopta la solución realista de negar efectos a las menciones que puedan hacerse». De modo tajante, casi incuestionable, dice la Resolución de 22 de noviembre de 1945 que las «menciones perderán la consideración de gravámenes a los efectos de la Ley Hipotecaria, y deberán ser canceladas». En similar sentido, la de 7 de julio de 1954. De hecho, las RR de 30 de mayo, de 15 y 26 de junio, de 11 y 14 de julio, todas de 1961, tras admitir la mención de servidumbre, advierten que con la actual LH ni es gravamen hipotecario, ni goza de la fe pública registral (arts. 98 y 29 LH, respectivamente). Así también, la Resolución de 24 de mayo de 1983, que admitía la mención de usufructo como excepción al artículo 29 LH, reconocía que «indudablemente la fe pública no se extenderá a esta mención ya que no ha de gozar de los beneficios del sistema quien no ha querido acogerse al mismo».

(128) Duda que, no obstante, se plantea sin resolverla GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.* pág. 798, nota (7), comentando la Sentencia de 3 de octubre de 1974.

(129) A diferencia de la DT1.^a LH, que prevé la cancelación de menciones de oficio o a instancia de parte, el artículo 98 LH no contempla, aparentemente al menos, la iniciativa del Registrador (Así lo advierten, como algo poco sistemático y falto de lógica DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 343; y ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 394 y 395). La legitimación activa para instar dicha cancelación no viene ya limitada a la propia persona favorecida por la mención; ya no rige para las menciones el artículo 82 LH, únicamente exigible ahora para la cancelación de inscripciones y anotaciones preventivas (Resolución de 27 de septiembre de 1974). Podrá, pues, promover la cancelación de este tipo de menciones el titular de la finca afectada, ya sea su dueño, ya sea el titular de un derecho real menor, a través de un escrito al que deberá acompañar certificación registral que justifique su condición de titular registral y que contenga íntegramente la mención de la carga o derecho real que pretende sea cancelada (artículo 210.2.^a LH). Asimismo, estará legitimada cualquier persona que solicite una certificación del Registro —de cargas o de dominio—, y tenga interés conocido *ex* artículo 227 LH en averiguar el estado —de libertad o de gravamen— de la finca (artículo 225 LH). Así lo entienden: DE LA RICA, R.: *op.cit.* (Com. a RH), pág. 343; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 395 y 396; y MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 991. Junto a esta posibilidad de *solicitud expresa*, el actual artículo 353.3 RH, con antecedente en la RO de 22 de febrero de 1919, consagra lo que ha dado en denominarse *instancia «presunta»* (DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* [Com. a RH], pág. 343; y DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 201) o «*tácita*» (MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 974): «se entenderá solicitada la cancelación que proceda

jurídico-real, sea un derecho real o una simple carga real, inscribible por sí misma.

No obstante, determinada doctrina considera que en la actualidad únicamente se ha negado a la mención los beneficios de la fe pública registral, quedando, en cambio, subsistente su fuerza negativa y defensiva gracias al mantenimiento del principio de buena fe: Partiendo de que los arts. 29 y 98 LH se refieren única y exclusivamente a la *mención*, y no en sí al derecho mencionado, aquélla, en tanto no se cancele, es *fuentes de conocimiento de índole registral*, no siendo equiparable a lo no inscrito, y, por ello, *priva* de buena fe al tercero que adquiere la finca afectada, y pretenda ignorar la mención, por la propia cognoscibilidad absoluta o *erga omnes* que la misma, de momento sin cancelar, proporciona (130). Incluso, según GIMÉNEZ ARNAU,

por el solo hecho de pedirse la certificación». En opinión de la doctrina —ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 395; DE LA RICA, R.: *op.cit.*, pág. 345; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, pág. 952; GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.*, pág. 232, nota (30)—, se establece una presunción legal *iuris et de iure* de ruego, una ficción estatuida por ministerio de la ley como excepción al principio de rogación. Pero, más que petición privada de índole ficticia, implícita o presunta, en verdad inexistente, ¿no cabría ver en el artículo 353.3 RH una cancelación practicable *de oficio* por parte del Registrador? El Registrador no sólo cancelará las menciones, inoperantes según artículo 98 LH o caducadas *ex DTL*.^a LH, cuando expida la certificación de cargas —o de dominio— (art. 353.3 RH, primer párrafo), sino que, «del mismo modo *podrá* procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado» (art. 353.3 RH, párrafo segundo *in fine* según reforma de 1959). Dirá entonces MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 991, que «la cancelación de oficio procederá en los casos del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario». Por lo que concierne al aspecto puramente adjetivo, la cancelación de estas menciones se llevará a cabo mediante la correspondiente *nota marginal*, que habrá de extenderse conforme a los artículos 188 y 353.3, pág. 2 RH. Hay quien sostiene la posibilidad de cancelación de la mención en el fondo de la inscripción que simultáneamente se practique cuando así lo soliciten expresamente las partes en el propio título, en cuyo caso se habrían de practicar también las oportunas notas marginales de referencia en las inscripciones y anotaciones que contengan la mención cancelada (ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 396; DÍAZ GONZÁLEZ, C.: *op.cit.*, pág. 201). Así pudiera ser. En cualquier caso, como exige la Sentencia de 27 de junio de 1986, jamás podrá el Registrador cancelar la mención de un modo tácito o implícito, por la simple omisión de la mención en los asientos registrales posteriores que practique, sino siempre de forma expresa y a través de un asiento —cualquiera que éste sea— de cancelación.

(130) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), págs. 271 y 272, estima que «si al adquirente le consta, por el mismo contenido del Registro, la existencia de un derecho real limitativo del dominio, de una carga o de una condición con efecto real, la *fides publica* no le protegerá porque carecerá de buena fe»; así «de modo indirecto estará amparado —el titular de la mención—, en cuanto el titular del derecho inscrito tiene que respetar el derecho mencionado, ya que si no lo respeta obrará de mala fe». TRIA Y SANCHÓ, J.: *op.cit.*, pág. 169, para quien «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)», advierte, en contra de ROCA, (pág. 170) que «la situación del tercero hipotecario no puede ser idéntica frente a lo mencionado (que tiene un contenido registral positivo) que frente a

«aunque se cancele —la mención— en cumplimiento del precepto legal, todo titular anterior a esa cancelación, advertido por la mención de la existencia de un derecho real o de una condición con efecto real, *carecerá de buena fe*, y, en consecuencia, en cuanto a él, mientras no aparezca un tercero en virtud de inscripción posterior, *la mención, aun cancelada, surtirá efectos*» (131).

En principio, es verdad, ni el artículo 29 LH, ni el artículo 98 LH son tan explícitos y omnicomprendivos en su literalidad como para mantener la inexistencia o la ineficacia absoluta de las menciones registrales, según pretende otro sector de la doctrina (132). El artículo 98 LH simplemente despoja a lo mencionado de su posible condición de carga o gravamen en sentido hipotecario —«a los efectos de esta Ley», dice en su inciso final (133); y el artículo 29 LH, por su parte, manifestándose en el terreno puramente registral, sin adentrarse en la esfera civil, no niega todo efecto real a las menciones que expresen derechos inscribibles separadamente, puesto que, conforme a una interpretación estrictamente gramatical, sólo representa un caso especial más, entre otros tantos, de *excepción* al artículo 34 LH por vía de *negación* o de *no aplicación* de la «fe pública del Registro» (134); un principio y efecto éste

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». Basándose en GIMÉNEZ ARNAU, DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *op.cit.*, pág. 285, afirma que el artículo 29 «no niega a la mención sino los beneficios de la fe pública, pero queda subsistente el efecto negativo de la mención, a través de la idea de buena fe, ya que a través de ella llega a conocimiento del tercero la preexistencia de la relación jurídica real».

(131) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), págs. 274 y 275. Ya con anterioridad (pág. 272) había mostrado este autor su perplejidad ante el caso de que una persona, aun conociendo o incluso reconociendo —expresa o tácitamente— la existencia del derecho mencionado (conociendo además, en este sentido, la exactitud del asiento), pueda luego en base al artículo 98 LH pedir la cancelación de la mención y ser un adquirente de buena fe, convirtiendo el asiento ahora en inexacto.

(132) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 389 y 390; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, págs. 821 y 822; BADÍA SALILLAS, A.: *op.cit.*, pág. 1071; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *op.cit.*, pág. 95; DÍEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 508; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 228; y PAU PEDRÓN, A.: *op.cit.*, pág. 49.

(133) Así lo reconoce, en cierto modo, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 394: «al emplear —el artículo 98 LH— la noción de *gravamen* sitúa el problema en terreno adecuado. Pero, con todo, habría sido preferible que hubiera dispuesto explícitamente que la mención era irrelevante en absoluto y que había de estimarse como no escrita».

(134) Así lo admitirá finalmente ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 136: «siempre a los solos efectos inmobiliarios registrales»; «a los solos efectos hipotecarios —las menciones— han de ser *tenidas por no puestas o no escritas en los libros del Registro*»; (pág. 137) «considerándolas, por ende, legalmente inexistentes, como si nunca

que, si bien esencial en el campo del Derecho hipotecario, ni es el único que impera en nuestro sistema, ni se identifica por sí sólo y de forma plena con la publicidad en toda su extensión y posibles consecuencias (135). De hecho, existen supuestos de inscripción de efectos limitados que si bien no gozan de las ventajas del principio de fe pública registral —por su negación o por su suspensión—, no dejan de ser inscripciones, ni carecen por ello de otros efectos registrales, como el de oponibilidad (cfr. art. 32 LH).

En esta línea, TRIAY SANCHO, favorable a la operatividad defensiva *erga omnes* de las menciones registrales, llegará incluso a decir que el artículo 29 LH se refiere al tercero adquirente del propio derecho mencionado, el cual por tener mencionado, y no inscrito, su derecho no se encontrará protegido por el artículo 34 LH, ni consiguientemente podrá ostentar la consideración de tercero hipotecario (136). Así es ciertamente, pero no por virtud inmediata de lo estatuido en el artículo 29 LH, sino por la propia imposibilidad del supuesto planteado: Incluso al amparo de la legislación hipotecaria anterior (137), jamás pudo el titular de un derecho mencionado disponer **registral** -

hubieran tenido acceso al Registro, *siempre dentro del ámbito inmobiliario registral*» (El subrayado es nuestro). Las RR. de 30 de mayo, de 15 y 26 de junio, de 11 y 14 de julio, todas ellas de 1961, tras admitir que la mención de una servidumbre no es gravamen, ni goza del beneficio de la fe pública registral, luego deben ser canceladas, advierten todo ello «sin perjuicio de que las partes puedan acudir a los Tribunales para contender entre sí, acerca de la existencia o validez del derecho». En cuanto al carácter especial o excepcional del artículo 29 LH: VILLARES PICÓ, M.: *op.cit.*, pág. 106; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 469; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 304; y actualmente, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *op.cit.*, pág. 495.

(135) Por esta razón, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 392, califica al precepto «de técnica defectuosa», y señala (pág. 393) que «hubiera sido preferible que la ley hubiere prohibido claramente en lo sucesivo practicar menciones propiamente dichas, y que dicho artículo 29, despojándose de su pomposidad, hubiera establecido sencillamente que las menciones practicadas contrariando dicha prohibición, serían nulas e ineficaces, considerándose a todos los efectos legales como no hechas». También, y con anterioridad a ROCA, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.*, pág. 218, y ROÁN MARTÍNEZ, J.: «Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946», en *RDP*, 1946, pág. 650, para quien «en el artículo 29 hubiera sido aconsejable que se sustituyera la expresión la «fe pública» por otra más comprensiva que expresase mejor el sentido de la reforma; por ejemplo: «los efectos del Registro no se extenderán...»; de esta forma sería más palpable que la negación de efectos a las menciones es absoluta».

(136) TRIAY SANCHO, J.: *op.cit.*, pág. 169: «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».

(137) Ver *supra*, epígrafe II.4.

mente del mismo, salvo que éste fuese previamente inscrito. Por lo que difícilmente podría alguien adquirir por la propia mención la condición de tercero hipotecario, porque para ello debía adquirir un derecho ya inscrito —no meramente mencionado—, debiendo seguidamente inscribir la adquisición, lo cual no le estaba permitido en base a la sola mención, sino mediante la presentación del correspondiente título que acreditase tal adquisición y posibilitase su inscripción. Creer, por tanto, que el artículo 29 LH priva a la mención de la eficacia positiva frente a terceros consagrada en el artículo 34 LH sería negarle algo que nunca tuvo, un efecto registral del que siempre careció, por lo que el precepto en cuestión habría de entenderse como innecesario (138).

La verdadera privación de la eficacia registral, y también de la consideración de gravamen, a las menciones de derechos inscribibles especialmente, habrá de entenderse referida, pues, a su vertiente *de oponibilidad negativa o defensiva* y respecto al tercero que adquiriera la finca o derecho afectado por él mencionado. No lo expresa de tan evidente forma el artículo 29 LH, pero así lo impone una interpretación del precepto conforme a sus antecedentes y a su espíritu: En cuanto a lo histórico, el anterior artículo 29 LH de 1861, de 1869 y de 1909, consideraba que esta clase de menciones surtía «efecto contra tercero», el cual no podía de buena fe desconocer lo mencionado, y al cual le perjudicaba, debiendo soportarlo. Por tanto, el sentido del vigente artículo 29 LH no puede ser otro que suprimir, por simple imperativo legal y a pesar de la constancia registral que la mención sin cancelar supone, ese efecto del que antes gozaban las menciones de derechos inscribibles de forma especial: el derecho mencionado no afectará al derecho inscrito o anotado al que se refiera (según artículo 98 LH), ni perjudicará ya al tercero que lo adquiriera (*ex art. 29 LH*).

En cuanto a lo lógico: Ciertamente, si el derecho indebidamente mencionado existe civilmente, en la realidad externa al Registro, y el tercero adquirente de lo inscrito y afectado por aquél lo conoce *realmente*, carecerá de buena fe si pretende ignorar lo existente y sabido por él (139). Mas esa noticia nunca po-

(138) Por eso, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 140, advierte que «es mejor empezar por decir, desde un principio, que el artículo 29 de la ley descansa sobre una base que no puede darse y que, por consiguiente, este precepto huelga totalmente, por presuponer unos terceros adquirentes según el Registro que son puramente imaginarios a los efectos del artículo 34 de la ley».

(139) Así lo aceptará ROCA SASTRE, R.: *op.cit.* (1968), pág. 141 y 142, en virtud de las observaciones de TRIAY SANCHO y en virtud de la Sentencia de 24 de mayo de 1952: «De existir realmente lo mencionado en el Registro y *conocerlo el adquirente* de la finca o derecho real sobre los que consta registralmente la mención, naturalmente dicho adquirente no podrá gozar de la protección de la fe pública del Registro, porque al mismo *le faltará el requisito de la buena fe* exigido para ello, siempre que tal conocimiento quede demostrado, prescindiendo de lo dispuesto en dichos artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, pues los mismos operan en el campo puramente registral».

drá emanar de la propia mención registral, haya o no sido cancelada, porque así lo impone la *ratio* de los arts. 29 y 98 LH: Como se dijera en el texto expositivo de la Ley de reforma de 1944, «los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada, deben cuidar directamente de su ingreso en el Registro. *Su negligencia no ha de merecer especial protección*», que es la que precisamente proporciona el Registro de la Propiedad en cuanto viabiliza frente a los terceros de buena fe la innata oponibilidad *erga omnes* de la que goza toda situación jurídico-real. ¿Por qué, entonces, habría que beneficiar al negligente que no inscribió adecuadamente su derecho? Su merecido es considerar lo mencionado como inexistente *ab initio*, desde el mismo instante en que *indebidamente* se practicó la mención (140). Así como el derecho no inscrito es inoponible en el ámbito registral, tampoco será eficaz hipotecariamente frente a terceros el derecho que aun mencionado no esté «*debidamente*» inscrito (cfr. arts. 606 CC y 32 LH).

En coherencia con esta idea inspiradora de la normativa hipotecaria, difícilmente el tercero llegará a conocer a través del Registro la existencia de tal clase de mención: Según dispone el artículo 353.3 RH «las menciones... que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, *no se comprenderán en la certificación*», y probablemente tampoco se contendrán en las notas simples. Podría pensarse en las informaciones directas, pero, amén de que no sean suficiente medio de prueba —sólo lo es la certificación—, sería entonces cuando entrasen en juego, y en contra de la «noticia» registral que de la mención fluye, los arts. 29 y 98 LH, bajo cuyo abrigo se ampararía ese tercero (141). No sería la buena fe la que quedase desvirtuada, sino la propia mención como medio de publicidad registral. La apariencia formal y consiguiente cognoscibilidad que la mención, mientras

(140) Según BADÍA SALILLAS, A.: *op.cit.*, págs. 1071 y 1072, «se pueden calificar estos supuestos —los contemplados en el artículo 98 LH— como de ineficacia originaria de asientos o constancias registrales, en cuanto la causa de cancelación surge en el momento mismo de practicarse, a diferencia de los casos de caducidad propiamente dicha, que lo son de ineficacia sobrevenida tras la extensión del asiento, con base, pura y simplemente, en el transcurso del tiempo». Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 137: «Todo se produce como si se tratara de *menciones ya caducadas*, esto es, que al instante mismo que ingresaron en los libros hipotecarios quedaron sincrónicamente caducadas de un modo automático, siendo impotentes ya *ab origine* de producir efectos... Las menciones registrales surgidas posteriormente a tal fecha —1° de julio de 1945— *no dispusieron siquiera del referido plazo de caducidad*, pues por haberse ya dispuesto normativamente su inoperancia inicial, por negarles desde *ab (sic) initio* todo efecto, todo viene a producirse de la misma manera como si las mismas menciones quedaran automáticamente caducadas en el instante mismo de surgir o producirse».

(141) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 822: «pero como existe una apariencia registral que puede inducir a error a los que consulten aquél, la Ley Hipotecaria se ha creído en la necesidad de expresar en su artículo 29, que la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial».

subsista, pudiera provocar es esterilizada por disposición de la ley; la mención queda por mandato legal impotente frente a los terceros. Destruir la posible buena fe del tercero en cuanto advertido por la mención o exigirle, ante tal supuesto aviso, cualquier deber de información o investigación respecto a lo simplemente mencionado —no debidamente registrado—, le significaría un perjuicio o la imposición, a su cargo, de una diligencia formal y sustantiva que no se justifica, ni corresponde con la negligencia del titular del derecho nada más que mencionado.

Sólo cabría, pues, un mecanismo para destruir la buena fe y hacer que el derecho mencionado perjudicase al tercero: El *conocimiento directo y real* del derecho en cuestión (142). Pero no es ésta una novedad en materia de menciones: Cualquier derecho real que no se haya inscrito, salvo que sea notorio (vgr. servidumbres aparentes) o que cuente con una publicidad de tinte legal, será inoponible frente al tercero que, de buena fe (desconociendo la titularidad de quien no lo tiene inscrito), lo ha adquirido de su titular registral y ha procedido a su inscripción en el Registro inmobiliario (arts. 606 CC, 32 y 34 LH); pero de suyo y por su propia naturaleza dicho derecho real, aun no estando inscrito en el Registro, gozará indudablemente de una eficacia absoluta frente a todo tercero que conozca efectiva y realmente su existencia.

La equiparación entre lo mencionado y lo no inscrito queda de esta manera demostrada, y con ello la defunción, en fin, de las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada, al quedar desamparadas de la publicidad registral en general (143). Y todo ello a pesar de la desafortunada

(142) El propio ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), págs. 143 a 144, tras reproducir la Sentencia de 24 de mayo de 1952 y la opinión de TRIAY SANCHO, considera que «la consulta personal de los libros del Registro en nada puede situar al tercer adquirente de una finca con gravamen real sólo mencionado, en la posición de *sujeto de mala fe* respecto de esto, si no va acompañada del conocimiento efectivo de que dicho gravamen está vivo o existe en la realidad jurídica extrarregistral, por cuya razón tal consulta resultará intrascendente, ya que lo decisivo para que tal adquirente no sea de buena fe, dependerá, única y exclusivamente, del referido conocimiento real de que tal gravamen existe». En el mismo sentido, Lacruz, J. L. y Sancho, F. A.: *op.cit.*, págs. 108 y 109, nota (16). Incluso TRIAY SANCHO, J.: *op.cit.*, pág. 171, terminará matizando que «este efecto no será consecuencia de la existencia de la mención, sino de la existencia *del derecho mencionado* que, si bien en este caso se delató a través de la mención, en realidad hubiese podido conducir al mismo resultado por cualquier otro medio, registral o extrarregistral, que fuese apto para ello».

(143) La Resolución de 7 de julio de 1954, tras decir que el artículo 98 LH «niega el carácter de gravámenes a la mención de actos susceptibles de inscripción separada y especial», considera que el artículo 29 LH «excluye las menciones de los efectos de la publicidad registral». Para CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 690, «aparte de esta negación de efectos de gravámenes, indudablemente hay que considerarlas como nulas, ineficaces a los efectos de la fe pública registral o de la publicidad». Según MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 989, el artículo 29 LH, consecuente con el artículo 98 LH, «rechaza la aplicación a las menciones de los principios esenciales del sistema».

tunada redacción de los artículos 29 y 98 LH, que pretendiendo suprimir de un plumazo estas menciones, yerran en su literalidad el objetivo.

¿Sucedre lo mismo respecto a las menciones de derechos no aptos para una inscripción propia y principal?

3. ADMISIÓN ACTUAL DE LAS MENCIONES DE SITUACIONES NO SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA.

Los más significativos preceptos del vigente ordenamiento hipotecario que privan a las menciones de sus efectos registrales se refieren a «la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial» (arts. 29 y 98 LH). ¿Cabría pensar, entonces, en la posibilidad de mencionar derechos *no* susceptibles de inscripción especial y separada? (144).

3.1. *La posible, pero cuestionable, mención de ciertos límites legales y naturales del derecho real inscrito o anotado*

Muchas de las «cargas» que funcionan a modo de límite normal del derecho real, pleno o limitado, inscrito vienen consagradas en la ley y, por ende, se presumen conocidas sin necesidad de prueba alguna, bastando para ello el precepto normativo que las establece. Esto explica que en principio no sean, porque no lo requieren, objeto de inscripción en el Registro, ni sean referidas en los títulos públicos que extiendan los Notarios. Son, entre otras, las servidumbres legales de utilidad pública (artículo 5.3º RH), los tanteos y retractos legales (art. 37.3º LH), las prohibiciones de disponer de origen legal (art. 26.1º LH), así como, en general, las limitaciones legales de la propiedad (vgr., las relaciones de vecindad); situaciones delimitadoras todas ellas que son absoluta y plenamente eficaces *erga omnes* sin necesidad de registración, siendo, por otra parte, cognoscibles y oponibles *ope legis*, incluso frente a los terceros amparados por la fe pública registral (145).

(144) Ante tan innegable evidencia, propondrá ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), pág. 383, que «mejor sería aún prescindir de aquel concepto que todavía emplea la ley actual, pues entendido literalmente parecería permitir la mención de derechos *no* susceptibles de inscripción separada y especial».

(145) *Vid.*, por todos, SANZ FERNÁNDEZ, A.: *op.cit.* (II), pág. 364 y 365; DE CASSO ROMERO, I.: *op.cit.*, págs. 288 y 289; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 624; LACRUZ, I. L. y SANCHO, F. A.: *op.cit.*, pág. 243; CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 428 a 430; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 434; RRoca-Sastre Muncunill, L.: *op.cit.*, pág. 261 a 263 y 289 a 292; FUENTE NORIEGA, M. y otros: *op.cit.*, págs. 71 a 73. Acerca de la no expresión de las limitaciones de origen legal, especialmente las servidumbres y retractos legales, en los documentos públicos: DE LA HERRÁN DE LAS POZAS, J. P.: *Derecho Notarial*, Madrid, 1946,

No faltan voces en la doctrina, sin embargo, que ante la creciente desmesura cuantitativa de tales limitaciones legales, propongan como conveniencia ocasional, sobre todo cuando no sean notorias, su publicidad registral para hacerlas así efectivamente cognoscibles (146). Ciertamente es que la Ley, en cuanto norma escrita, genera publicidad, pudiendo ser entonces conocida por sus destinatarios, y que la ignorancia del Derecho no exonera de su observancia (artículo 6.1 CC), quedando así garantizada la seguridad jurídica. Pero, al margen de que la inexcusabilidad de la *ignorantia iuris* no implique, porque no es posible, un deber de conocimiento o una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de todo el ordenamiento jurídico por cualquier persona, con la consideración de la publicidad legal como fuente de eficacia y cognoscibilidad suficiente en esta sede, quedaría relegada, o al menos en conflicto, la propia exigencia de justicia; máxime cuando la «elefantiasis» normativa actualmente existente en materia de límites no visibles —sobre todo, de interés particular y urbanístico—, complica la posibilidad de su conocimiento por parte de los terceros —que potencialmente pretendan adquirir una propiedad o prestar sobre ella—, haciendo peligrar con ello, aunque fuese sólo en parte, la aspiración básica de nuestro sistema hipotecario, cual es la seguridad del tráfico jurídico (147). No basta con que la ley sea pública; es menester que también lo sea la verificación del supuesto determinante de su aplicación.

De esta forma, siendo tales límites situaciones no inscribibles autónomamente no susceptibles de «inscripción separada y especial» dice el artículo

págs. 315 a 317; GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Instituciones de Derecho Notarial*, tomo II, Madrid, 1954, pág. 175 y 176.

(146) Según LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *op.cit.*, pág. 243, letra pequeña, «cabe dudar de que la razón para eximir de publicidad a los gravámenes legales sea su absoluta cognoscibilidad, porque ésta falla con frecuencia»; y tras citar algunos ejemplos, consideran (pág. 244) que «construir, entonces, una especie de «principio de la publicidad legal», en cuyo ámbito entrasen todos los derechos subjetivos de naturaleza real conferidos por la ley, supondría ampliar desmesuradamente el ámbito de la ficción, en detrimento de los principios en que se inspira nuestra legislación hipotecaria, y mediante una generalización inadmisibles de preceptos singulares». También DE LA RICA y MARITORENA, R.: «Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1972, I, pág. 528, advierte la oportunidad de registración de las limitaciones de disponer objetivas de fuente legal establecidas, no ya en interés general, sino en beneficio particular o privado; y en posterior trabajo («Las servidumbres en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1977, II, págs. 755 a 757), lo afirma igualmente en cuanto a las servidumbres legales de interés particular o de utilidad privada —salvadas las aparentes—. En materia de tanteos y retractos legales, se pronuncian en dicha dirección BONILLA ENCINA, J. F.: «Titularidades limitadas (Los derechos de tanteo y retracto convencionales y el derecho de opción, como limitativos de una titularidad)», en *RCDI*, 1970, I, págs. 442 y 443; y CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, págs. 303 a 305.

(147) *Vid.*, por todos, PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Barcelona, 1991, págs. 43 a 47, sobre la «hipertrofia legislativa» y la «inflación normativa» como quiebra actual de la seguridad, y págs. 71 a 82, acerca de la ignorancia del Derecho como tensión entre la seguridad jurídica y la justicia.

26.1.º LH—, ¿por qué no admitir su mencionabilidad como útil para su efectivo conocimiento y como viabilizadora de su plena eficacia frente a terceros? Así se admite en el Derecho suizo (148), y así lo recomienda entre nosotros GARCÍA GARCÍA respecto a determinados retractos legales (149). La idea, por tanto, sería habilitar la mención en el Registro, aunque fuera brevemente o por remisión, de cualquier límite o limitación legal y natural de la propiedad —especialmente, los de utilidad privada— que no sea de suyo aparente, aunque ello fuese en detrimento de la sencillez de los asientos registrales: No cabe duda que una exigencia sustantiva, cual es la de garantizar el conocimiento de una situación jurídico-real a quien pueda ser afectado por ella, debe anteponerse a una conveniencia adjetiva que no está sino al servicio de aquella primera de índole material.

En cualquier caso, el supuesto de mención que sobrevive no es este —sugerido como posible oportunidad de *legeferenda*—, sino otro: aquél que se refiere a auténticas cargas que, *no* siendo susceptibles de inscripción especial y separada, afectan al derecho inscrito gravándolo y limitándolo.

3.2. *La necesaria mención de las limitaciones convencionales y accidentales del derecho real inscrito*

Conforme a la literalidad de ciertos preceptos, tales como el artículo 9.2.^a LH —que ha suprimido la indicación de «cargas de cualquier clase»—, y el artículo 51 RH, que en su regla 6.^a ya no habla de «mención circunstanciada y literal», como hacían sus antecesores, sino de «expresión circunstanciada» de todo lo que según el título limite o determine al derecho inscrito (150),

(148) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *op.cit.*, pág. 290 y 291, explica del Derecho registral suizo, que «existe en el folio hipotecario una columna de *menciones* donde se consignan, a petición de parte, los accesorios, las servidumbres activas, las pasivas legales, las restricciones públicas de la propiedad (alineaciones)». Por su parte, SERRANO Y SERRANO, L.: *op.cit.*, pág. 92, acerca de las menciones previstas en el Código Civil suizo (*Anmerkungen*), dice que «de las limitaciones de la propiedad de derecho público, como las resultantes de planos de alineamiento y otros, cuya mención es prevista por los cantones, a reserva de la aprobación del Consejo federal —artículo 962 CC suizo—. Y a estas mismas explicaciones se remiten reproduciéndolas casi en su literalidad, ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1941), pág. 322, nota (2); y Díez-Picazo, L.: *op.cit.*, pág. 506.

(149) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op.cit.*, pág. 42 y 43, nota (63), afirma que un «caso de mención admisible sería la constancia de reserva de derechos en favor del colindante en caso de división o segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo, según... al artículo 45.1 de la legislación agraria». Ya en relación a un tanteo legal, decía la Resolución de 26 de abril de 1867, que «el derecho de tanteo que tienen los dueños directos no es inscribible por sí sólo y separadamente de la inscripción del dominio directo». ¿Por qué no, entonces, mencionarlo?

(150) Ya había vaticinado DE LA RICA Y ARENAL, R.: *op.cit.* (Com. a LH), pág. 38, que «aunque el artículo 61 del Reglamento emplea la palabra *mencionar*, no lo hace en

concluirá la doctrina en su mayoría que siendo ese «todo» meras circunstancias no inscribibles separadamente, su consignación en el fondo de la inscripción del derecho al que afecta o identifica no será auténtica y estricta mención, sino simple «expresión» o «constancia» registral de un elemento que es parte *esencial* integrante del derecho con el cual se registra formando parte del propio asiento de inscripción (151). Falla una vez más, sin embargo, en esta opinión una distinción dentro de las cargas y afecciones reales no susceptibles de inscripción especial y separada, advertida ya antes de 1944, entre aquellas «cargas» que simplemente *delimitan* o marcan con carácter necesario el contenido esencial y natural del derecho que se inscribe, y aquellas otras, verdaderas cargas reales, que realmente *limitan*, sujetan o reducen con alcance excepcional el derecho real inscrito, pues sólo estas últimas serán objeto de mención: A diferencia de los límites naturales que acotan de modo necesario el derecho real y generalmente se presumen sin requerir prueba, las auténticas cargas reales, por su carácter restrictivo y accidental, no se presumen por cuanto implican una excepción derogatoria del principio —presumido *iuris tantum* de libertad de la propiedad inmobiliaria; de ahí que para desenvolver plenamente sus efectos *erga omnes*—sobre todo frente a los que de buena fe las desconozcan—, deban ser probadas. Y, ¿qué mejor cauce para ello que su constatación en el Registro mediante la oportuna mención? (152).

En la propia Exposición de Motivos de la Ley de Reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, en cuya virtud se aspiraba a eliminar plenamente, con alcance sustantivo y formal, las menciones que reflejasen derechos inscribibles separada y especialmente (153), en cambio se reconocía que «la

el sentido específico de la mención, sino en el genérico de expresión o consignación». Por su parte, BONILLA ENCINA, F.J.: *op.cit.*, pág. 547, dirá que «el Reglamento de 1947 intentó una mayor concreción y... substituyó la palabra «mención» (proclamada en el de 1915 [*sic*]) por la de «expresión» (menos comprometedor ante el sentido equívoco de aquélla, evocadora de las antiguas menciones, en buena hora rechazadas)».

(151) ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 381 a 383, mantiene la misma idea que defendió antes de la reforma de 1944 (págs. 328 y 329 [1941]), considerando (pág. 381) que «constituyen materia o elementos que integran el acto inscrito y que se inscriben con él» (págs. 382 y 383), «pues no se consigna ningún derecho real distinto del que se inscribe especialmente, ni se constata elemento alguno susceptible de inscripción especial y separada»; y así el resto de la opinión común: CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 685; MANZANO SOLANO, A.: *op.cit.*, pág. 982; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 507; CANO TELLO, C. A.: *op.cit.*, pág. 227; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *op.cit.*, pág. 563; y BONILLA ENCINA, J. F.: *op.cit.*, pág. 411.

(152) Así, en cierto modo, lo habían precisado, refiriéndose a la legislación hipotecaria anterior, autores como CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 195; y GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (I), pág. 194. Para mayor detalle sobre esta y la anterior opinión, ver *supra* epígrafe II. 3.

(153) Recuérdese que en ella se decía: «ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial. Su consignación en el mismo, dificulta el comercio inmobiliario y el crédito territorial. No

mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trate de inscribir, es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus* y en el que las características de los derechos reales no están predefinidas por la legislación civil».

En efecto, nuestro Derecho, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no establece un listado cerrado y taxativo de figuras jurídico-reales que, a modo de rígido patrón, presenten un contenido de poder y de deber o limitativo preestablecido e inalterable; todo lo contrario, impera entre nosotros un sistema de *numerus apertus* o de serie abierta y meramente **ejemplificativa** de moldes jurídico-reales, en cuanto a su número y contenido particular, a los cuales los sujetos pueden optar, aceptándolos sin más como disponga la norma o modificándolos en alguno de sus aspectos, según sus necesidades económicas (154). Se regulan, con mayor o menor profusión, por la ley algunos moldes jurídico-reales, la gran mayoría, pero en ningún caso se prohíbe la creación negocial de nuevos e innominados tipos —los llamados derechos reales atípicos—, ni se impide la modificación estructural o sustantiva de los tipificados legalmente («y otros cualesquiera reales, dice el artículo 2.2º LH *in fine*»)(155).

se concibe cómo nuestro Derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y, muchas veces, de no fácil identificación. Los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada, deben cuidar directamente de su ingreso en el Registro. Su negligencia no ha de merecer especial protección» .

(154) Sobre este apasionante tema destacan en nuestra doctrina y por estricto orden cronológico: OTERO Y VALENTÍN, J.: «Límites generales en la determinación de los derechos reales», en *RDP*, 1922, págs. 97 a 102; SERVAT ADUA, I. L.: «Derechos reales y pactos de trascendencia real», en *RCDI*, 1948, págs. 755 a 769; Díez-PICAZO, L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, págs. 273 a 305; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A.: «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», en *RDN*, 1989, págs. 51 a 198. Los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto son abundantes (*vid.*, por todos, Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, págs. 284 a 294 [artículo de 1976], y págs. 118 a 126 [de sus Fundamentos]), y, entre los más recientes, destaca la Resolución de 4 de marzo de 1993, que dice escueta pero tajantemente: «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2º de la Ley Hipotecaria y 7º del Reglamento Hipotecario)».

(155) Rige, por tanto, el principio de autonomía de la voluntad en sede del Derecho de Cosas (cfr. arts. 1.255 y 1.258 CC, y arts. 392.2, 467, 470, 523, 594 y 598 CC), aunque, por supuesto, dicha voluntad privada siempre habrá de desenvolverse bajo la condición insalvable de que la figura creada o alterada, al margen del *nomen iuris* que se le asigne, obedezca en lo sustantivo a los parámetros esenciales de toda situación jurídico-real: inmediatividad de poder respecto a la cosa, inherencia real y eficacia frente a terceros, si se trata de un derecho real, o establecimiento de una limitación del poder en la cosa, adherida a la misma y oponible *erga omnes*, si se trata de una simple carga real, no atributiva de señorío *in re*. Sobre este y otros límites, *vid.*, OTERO Y VALENTÍN, J.: *op.cit.*, págs. 98 a 102; Díez-PICAZO, L.: *op.cit.*, pág. 297 a 301; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A.: *op.cit.*, pág. 153 y ss.

En este último sentido, referente a derechos reales especiales o atípicos y a limitaciones excepcionales no necesarias, sino accidentales del derecho real a inscribir, dispone el artículo 7 RH: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan derechos reales típicos—, sino *cualesquiera otros* relativos a derechos de la misma naturaleza—*derechos reales atípicos, nuevos o sui generis—, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho. modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*», es decir, títulos que, cualquiera que sea su denominación, contengan en su fondo material cargas reales extraordinarias y especiales que alteren el típico contenido objetivo, ya sea de poder, ya sea de deber, del dominio o derecho real objeto principal de la inscripción y al que confieran carácter especial o novedoso. El derecho, en uno u otro sentido, modificado, será objeto de *inscripción*, mas los elementos modificadores, no siendo objeto de inscripción separada, serán extremos *mentionables* en la inscripción del derecho que por ellos se conforma. Es decir, la mención registral no será la del derecho real creado con ciertas peculiaridades o constituido *ex novo*, puesto que, siendo éste susceptible de inscripción independiente (arts. 2 LH y 7 RH), deberá ser debida y directamente inscrito en el Registro de la Propiedad (arts. 605 y 606 CC, 1,13 y 32 LH). La auténtica mención registral, y a la cual se refería el texto expositivo de la Ley de Reforma de 1944, versará sobre las cláusulas, pactos y demás acuerdos de trascendencia real que, de suyo, no formando parte del contenido legal y de la extensión limitativa natural del derecho real que se trate de inscribir, alteran su contenido para reservarlo, condicionarlo, modificarlo o eliminarlo, erigiéndolo entonces en derecho real especial o atípico (156).

Así sucede, por ejemplo, con la multipropiedad inmobiliaria, un supuesto atípico de comunidad funcional que difiere de la copropiedad *pro indiviso* tipificada en nuestro Derecho (artículo 392 y ss CC): En aquélla cabe la exclusión definitiva tanto de la acción de división como del retracto legal de comuneros (cfr. con arts. 400 y 1.522 CC), y entre los multipropietarios se distribuye temporalmente y por períodos el goce del inmueble de que se trate a través de una *cuota-turno*. La multipropiedad en sí misma se inscribirá, mas

(156) Con anterioridad a la LH de 1944, según OTERO Y VALENTÍN, J.: *op.cit.*, pág. 102, el derecho real nuevo podía ser inscrito o mencionado para que perjudicase al tercero; pero ahora, derogado ya el anterior artículo 29 LH, sólo es admisible como registración adecuada y eficaz su inscripción. Necesaria es esta matización, porque GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf), pág. 243, favorable a estas menciones, habla sin distinguir de «supuestos en los que la facultad o derecho que contiene la mención no es un derecho típico, o bien constituye una facultad de trascendencia real que no puede tener acceso al Registro en un título aislado o independiente de cualquier otro».

los pactos que la afectan, y que simultáneamente la convierten en comunidad especial y *sui generis*, serán objeto de mención registral (157).

Serán, por tanto, objeto de mención, en cuanto afecten al contenido activo de poder del derecho real inscrito, los gravámenes de retroventa, tanteo, retracto y opción —como condición establecida en una cláusula accesoria del acto inscribible—, las sujeciones legitimarias, las causas y gravámenes restitutorios, tales como las condiciones suspensivas y resolutorias —entre ellas, la afección resolutoria por impago del precio aplazado

(157) Nos referimos a esta materia en nuestro trabajo, realizado con ocasión de la Resolución de 4 de marzo de 1993, «La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1996, págs. 279 a 351, especialmente: págs. 291 a 301 (la multipropiedad como comunidad funcional, sin acción de división [a pesar del artículo 400 CC] y sin retracto legal de comuneros [a pesar del artículo 1522 CC]), págs. 310 a 317 (sobre la admisión de la multipropiedad dentro del sistema de *numerus apertus* de derechos reales), págs. 323 a 326 (acerca de menciones que han de ser registradas), y págs. 330 a 340 (sobre cuota-turno, estatutos y pactos de trascendencia real como objeto de registración).

(158) Resurge, nuevamente, el histórico supuesto de mención contemplado en los artículos 10 y 11 LH anteriores. Bien es verdad que el artículo 10 LH vigente, acerca de la consignación registral de la cuantía del precio y su forma de pago, no dice ya «se hará mención», sino que «se hará constar» según resulte del título (prueba de que no es estricta mención según ROÁN MARTÍNEZ, J.: *op.cit.*, pág. 648, y la Resolución de 27 de noviembre de 1986); y que el artículo 11 LH se refiere a «la expresión del aplazamiento del pago», para decir a renglón seguido y de modo imperativo que «no surtirá efectos en perjuicio de tercero». Basándose en la Resolución de 17 de enero de 1933, según la cual «la parte del precio que queda aplazada, tampoco puede estimarse como mención, sino como una condición especial del contrato que se inscribe, de obligatoria constancia en la inscripción», la posterior de 30 de abril de 1958, ya consagrada la reforma de 1944, entenderá que «la expresión del aplazamiento del pago no tiene el carácter de una mención en sentido técnico, sino que es una circunstancia que forma parte del contenido del negocio inscribible»; una circunstancia, añade la doctrina, carente por sí misma de trascendencia real, porque así lo impone el artículo 11 LH, aun a pesar de su consignación en el Registro, esterilizándola de cualquier fuerza hipotecaria *erga omnes* (BONILLA ENCINA, J. F.: «Titularidades limitadas. Publicidad registral de las condiciones», en *RCDI*, 1972, I, págs. 565 y 566; ROVIRA JAÉN, F. J.: «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1967, II, pág. 1675 y 1676; GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *op.cit.*, págs. 312 a 315; ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.*, pág. 383, sobre todo nota (1), manteniendo idéntica opinión que anteriormente (págs. 328 y 329 [1941]); CHICO Y ORTIZ, J. M.: *op.cit.*, pág. 689; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *op.cit.*, pág. 829; MENCHÉN BENÍTEZ, B.: *op.cit.*, págs. 833, 834 y 835 (del artículo de 1962), y págs. 162 y 163 (del artículo de 1975); ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *op.cit.*, págs. 395 y 396). Parece olvidar, sin embargo, esta opinión que el propio artículo 11 LH permite que dicha situación afecte a terceros no sólo por la hipoteca inscrita que garantice el crédito en cuestión, sino también «cuando se le dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita» (cfr. arts. 1.504 CC, 37.1.º LH y 59 RH). En tal caso, su mención en el cuerpo de la inscripción será incluso requerida en virtud de los arts. 9.2.ª LH y 51.6.ª RH, porque ya no se trataría de una simple obligación cuya consignación registral forme parte del contenido del negocio inscribible, sino de una *carga real que no es susceptible de inscripción especial v separada*. Así lo estiman GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), pág. 262; y finalmente ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1968), pág. 119.

(158)—, los gravámenes fideicomisarios, y la afección de bienes reservables (159). Incluso, por lo que se refiere al contenido pasivo del derecho real inscrito, podrían destacarse, como mencionables, los deberes —mal llamadas «obligaciones»— *ob rem o propter rem* cuando sean creados convencionalmente (cfr. arts. 392.2, 470, 594, 598 CC y 5.2.º LPH); ¿acaso no podrían ser objeto de mención en el cuerpo de la inscripción del derecho real al que se refieren y con el que conforman el estatuto jurídico-real? En cuanto tales deberes-límites nuevos y adicionales o modificativos de los legalmente previstos (por norma dispositiva), se integren, como parte secundaria respecto al poder *in re*, en dicho régimen jurídico-real a través de unos estatutos o del título constitutivo, y siempre que incidan en el ejercicio del contenido —activo y/o pasivo— del derecho en cuestión, podrán entonces ingresar en el Registro de la Propiedad, aunque, no siendo inscribibles especial ni autónomamente, habrán de ser necesariamente mencionados. Una mención que incluso aseguraría, potenciándola, la propia exigibilidad *erga omnes* del deber *ob rem* creado voluntariamente por las partes, especialmente frente a los terceros adquirentes del derecho real moldeado en su ejercicio por aquél, puesto que mencionado el deber jurídico-real de origen convencional, no podría dicho tercero alegar con eficacia —de buena fe— ignorancia de lo que, simplemente establecido en los estatutos o en el título constitutivo del derecho real en cuestión, no viene prevenido por la Ley, ni estrictamente publicado en el Registro.

A esa necesidad de dar constancia de lo que activa o pasivamente determine el derecho inscrito responde precisamente el artículo 51.6a RH al exigir que en el fondo y cuerpo de la inscripción se haga «*expresión circunstanciada* de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente», debiéndose hacer de igual forma, pero con mayor detalle —«copiándose literalmente», dice el precepto—, en cuanto a las condiciones, suspensivas o resolutorias, que se hubiesen establecido en aquél; todo ello con exclusión, claro está, tanto de lo que, sin constituirse, reconocerse o estar previamente registrado, simplemente se relacione en dicho título

(159) Decía SERVAT ADUA, J.: *op.cit.*, pág. 750, que «los pactos de trascendencia real no se hallan sometidos a ningún proceso de configuración y surgen espontáneamente de la voluntad para constituir las más variadas modalidades de los negocios jurídicos», y como tales (págs. 766 a 768) se refiere a reservas, modalidades y limitaciones del derecho inscrito, afirmando que, si bien (pág. 767) «las servidumbres no serán objeto de mención, sino de inscripción», (págs. 766 y 767) «los derechos reservados a favor del transmitente del inmueble o constituyente del derecho real deben mencionarse en la inscripción. No hay en esto la menor duda. La transferencia no es total y hay que restar al adquirente lo que el transmitente se reserva». Por su parte, GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), págs. 248 a 252, como mención registral de las limitaciones, se refiere a las condiciones, a las reservas y a las cargas.

(art. 5 1.ª RH, segundo párrafo) (160), como de lo que carezca de trascendencia real (artículo 51.6.ª RH *in fine*).

Y, ¿qué importa que se mute el *nomen*, hablándose ahora de «expresión» en vez de «mención»? Son varias las normas hipotecarias que, sobre estas y otras circunstancias no inscribibles por sí mismas, cambian su redacción y emplean términos como «expresión» o «hacer constar», en suplencia de los precedentes «mención» y «hacer mención» (161). No es el dato literal, empero, argumento contundente ni definitivo que denote la eliminación de estas menciones registrales; ya con anterioridad a la reforma hipotecaria de 1944, algunos artículos hubo que experimentaron esa supresión y sustitución del vocablo «mención» o de la expresión «hacer mención» por otra equivalente, mas no por ello se prohibió la práctica de las menciones, que, por el contrario, continuaron vigentes (162). Y tras la reforma de 1944, el propio Ministro de Justicia de aquel entonces, en su discurso leído el 29 de diciembre de aquel mismo año ante las Cortes españolas, decía que «en materia de *menciones* se declara en la Ley expresamente que sólo podrán ser objeto de *referencia registral* los derechos no susceptibles de inscripción especial y separada» (163). Empleaba como sinónimos los vocablos mención y referencia registral; e idéntica equivalencia podría observarse si hubiese hablado de constancia, indicación, cita o expresión registral (164).

(160) Y no deja de ser mención por el hecho de que no refiera una situación pasada, sino constituida en el mismo título que se inscribe. Así quedó advertido en el epígrafe II.2, conforme, sobre todo, a los artículos 7.2 LH 1869 y 1909, y 13 RH 1870.

(161) Mientras que en el artículo 20 LH 1909 la previa adjudicación *pro indiviso* en la inscripción de los bienes hereditarios debía «mencionarse», ahora se dice que «habrá de expresarse» (artículo 20.5.2.º LH). Así lo observa con agrado ROÁN MARTÍNEZ J.: *op.cit.*, pág. 648. En materia de bienes reservables, la legislación hipotecaria anterior, en sede de hipoteca, se refería a su mención registral (art. 141 RH 1861: «hacerse mención del título en que se funde el derecho a la reserva»; artículo 140.10.ª RH 1871: «el carácter reservable de los bienes se mencionará en el fondo de la inscripción...»); pero actualmente se entiende que la calidad de bienes reservables se «hace constar» (arts. 184.1, 185 *in fine*, 186, 189.1 *in fine* LH, y arts. 259, 260.2.ª y 6.ª, y 265 RH) o que simplemente «se consignará» (art. 265 RH).

(162) Dicho cambio literal se observaría, sobre todo, en el Reglamento Hipotecario de 1870: El artículo 140.10.ª RH 1861 decía «se hará mención», y en el de 1870 se dirá «se hará así constar»; por otra parte, serán simplemente eliminadas en el RH de 1870 las alusiones que a la mención hacía el RH de 1861 en sus arts. 141 («mención del título»), 325 («breve mención de ella») y 333 («mención»),

(163) AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14.

(164) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), pág. 265: «No es útil, ni necesario, ni aconsejable reducir el concepto de mención quitándole su primitiva generalidad. Si se limita..., toda la extensión que pierde el concepto la ganarán, con la misma ambigüedad y variedad de acepciones, expresiones equivalentes: v. *gratia*, «expresión de derechos o limitaciones», «consignación de circunstancias», etcétera». El propio ROCA SASTRE, R. M.: *op.cit.* (1954), págs. 370 y 371, tras referirse a los artículos 9 LH y 51.7.ª RH, advierte en cuanto al artículo 51.6.ª RH que «no obstante, a pesar de estas prevenciones legales,

Al margen de cuestiones puramente léxicas, lo sobresaliente de estas menciones registrales, relativas a situaciones jurídico-reales que, no siendo inscribibles separadamente, gravan y condicionan el alcance y extensión material u objetivo del derecho real que se inscribe principal y especialmente, no es sólo su *posibilidad*, sino además su *conveniencia* como «requisito indispensable», decía la Exposición de Motivos de la ley de 1944, puesto que responden a los propios principios rectores e inspiradores de la reforma hipotecaria: Se han de practicar por razones evidentes de exactitud registral, de *paralelismo entre Registro y realidad*; luego, para evitar cualquier posible contradicción o discrepancia que pudiera surgir entre el título y el Registro, siempre tan indeseable como desconcertante por la inseguridad que origina (165). La inscripción en nuestro sistema, si bien difiere del modelo de transcripción, es por excelencia imagen del título, reflejo del acto o contrato referido al derecho que se inscribe, y como tal debe plasmar —mencionar— todo lo que determine excepcionalmente su entidad, máxime cuando, acorde con nuestro sistema de *numerus apertus*, implique mutación del tipo legal (166).

Son menciones que también inciden en la propia *publicidad y cognoscibilidad erga omnes* —«para dar a conocer la extensión», dice el artículo 51.6.^a RH— del derecho atípico o especial que se inscribe —de ahí que sean oponibles registralmente— (167); y que vienen exigidas por la *especialidad*, es decir, por lo que se refiere a la necesaria y exacta determinación del derecho objeto de inscripción registral, tanto de lo que suponga alteración material de su objeto (la cosa), como de lo que implique modificación, en más o en menos, de su contenido jurídico activo de poder (*in re*) o pasivo de deber y sujeción (*ob rem* o *propter rem*) (168). Precisamente, la perfecta

aún pueden producirse en lo sucesivo menciones propiamente dichas... porque, sea por lo que fuere, es la misma legislación hipotecaria la que exige en determinados casos que se expresen las *cargas* que afecten a los derechos a inscribir».

(165) Una razón aducida de modo constante por GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), págs. 247, 249 y 251, para justificar la mención de situaciones reales no susceptibles de asiento autónomo.

(166) Como dice GIMÉNEZ ARNAU, E.: *op.cit.* (Conf.), pág. 233, «la inscripción es un reflejo del título, de suerte que los derechos reales no llegan al Registro con una configuración típica —cual ocurre en otros sistemas—, sino que al amparo de la libertad contractual y del principio del *numerus apertus*, el asiento consigna —menciona— cláusulas, condiciones, cargas y limitaciones que modifican la extensión y los límites normales de los derechos reales *típicos*».

(167) Aunque con cierta *ambigüedad*, pues parece referirse a las menciones de derechos inscribibles separadamente, TRIAY SANCHO, J.: *op.cit.*, pág. 163, considera que «la utilidad de la mención estriba en el supuesto de que el transferente incumpla aquella obligación —ex artículo 175 RN—, 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».

(168) Con apoyo en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1944, DE Cossío Y CORRAL, A.: *op.cit.*, pág. 284, dirá, entonces, que «sería, sin embargo, erróneo

descripción objetiva y sustantiva del derecho que se inscribe (arts. 9 LH y 51 RH), requerida a los efectos de una completa publicidad y oponibilidad hipotecarias, representa uno de los límites mínimamente exigibles que en nuestro sistema aperturista toda voluntad negocial debe observar al constituir una situación jurídico-real innominada o peculiar (169).

Como colofón, y haciendo nuestras las palabras del Ministro de Justicia don EDUARDO AUNÓS, «en lo sucesivo y por las razones indicadas, sólo se admitirá la mención de los derechos que afectando al inscrito no puedan, por razón de su naturaleza, ser susceptibles de inscripción especial y separada» (170). En cambio, «los derechos reales perfectos, aptos para figurar en el Registro bajo asiento especial, no pueden mencionarse; deben inscribirse». Y si tales derechos fuesen inciertos, imperfectos o defectuosos, se les entenderá negada la inscripción y, por supuesto, la mención. A lo más, podrán ser anotados preventivamente cuando así lo permita el artículo 42.9.º Ley Hipotecaria y concordantes, pero en ningún caso se podrá recurrir, como mecanismo supletorio de acceso registral, a su mención. Porque fueron estas últimas menciones, y no aquéllas, las verdaderamente perturbadoras del sistema registral y contrarias en su permisión al principio de legalidad y a la deseable claridad del Registro (171). Así lo presagió en 1926, cuando reinaban todas las menciones y con pleno esplendor, don FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA, quien ya por entonces abogó por la supresión de las menciones referidas a derechos inscribibles separada y especialmente, y por la subsistencia de las menciones de derechos no susceptibles de inscripción especial y separada (172).

el pensar que estos preceptos —refiriéndose a los arts. 29, 98 y DT1.ª LH— habían conseguido la total eliminación de las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad... porque la misma técnica de nuestro Registro, exige necesariamene a veces, *en la descripción de fincas y derechos*, la mención de otros derechos que pueden gravar aquéllas» (el subrayado es nuestro).

(169) Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L.: *op.cit.*, págs. 298 y 299; CRISTÓBAL MONTES, A.: *op.cit.*, pág. 264; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A.: *op.cit.*, págs. 67 y 68.

(170) AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14. También la Resolución de 22 de noviembre de 1945 reconoce que «en lo sucesivo sólo se admitirá en el Registro la mención de derechos que afectando al inscrito no puedan ser objeto de inscripción especial y separada».

(171) AUNÓS, E.: *op.cit.*, pág. 14, y añade: «En cambio, aquellos —derechos— que fueren inciertos, de eficacia dudosa, carentes de algunos de los requisitos que la Ley señala para su inscripción, no podrán ingresar en el Registro mientras su naturaleza, alcance y validez no estén suficientemente determinados».

(172) CAMPUZANO Y HORMA, F.: *op.cit.*, pág. 331 y 332, quien concluye «que sería conveniente suprimir las menciones de derechos que pueden ser inscritos de una manera especial y separada, sobre todo teniendo en cuenta como argumento final que esos derechos serán defendidos por la inscripción cuando los interesados quieran, y si éstos rehusan la protección amplia y completa que la ley les otorga, no hay para qué preocuparse de acogerlos a la garantía limitada e imperfecta que —a ellos— aplica la mención».

Hoy, pues, en honor a la verdad, sólo queda elogiar la aspiración propuesta *de lege ferenda* por dicho hipotecarista, y llevada a efecto *de lege data* en 1944.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Doctor en Derecho

Profesor asociado de Derecho Civil
de la Universidad Hispalense