

Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria.

La clasificación de las faltas

INTRODUCCION

La distinción entre el carácter de subsanable o insubsanable de las faltas impeditivas de la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad constituye una cuestión tradicionalmente espinosa en nuestro derecho hipotecario, hasta tal punto que los tratadistas y estudiosos de la materia suelen conceptuarla como de solución apriorística imposible.

En efecto, lo habitual en nuestros autores consiste en llevar a cabo una crítica de los preceptos legales, un examen, más o menos completo, de los diferentes aspectos de la calificación registral conforme al artículo 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria y, generalmente, una renuncia sistemática a la conclusión de criterios generales diferenciadores.

Sin embargo, esta carencia de criterios suele provocar dudas constantes en la labor cotidiana del Registrador de la Propiedad, puesto que la eficacia de la distinción está absolutamente clara en la Ley. Mientras que la calificación de insubsanable de una falta determinada provoca la imposibilidad absoluta de acceso al Registro del título de que se trate, su tratamiento de subsanable permite dotar al título y al derecho que mediante el mismo se origina de un régimen de publicidad provisional, o bien a través del medio ordinario consistente en la anotación preventiva objeto de los artículos 42, 9.º, y 65, 2.º, de la Ley Hipotecaria, o bien del extraordinario de la inscripción caducable a que se refiere el artículo 98 del Reglamento.

Por otra parte, resulta extraño que el legislador de 1861, caracteriza-do por una gran profundidad técnica y un evidente ingenio en la construcción de un sistema hipotecario de publicidad positiva apoyado en un régimen civil de signo romano y espiritualista, introdujera una distinción tan aparentemente confusa. En efecto, la Ley Hipotecaria de 1861, y con mayor razón la de 1909, publicada ya vigente el Código civil, pudo perfectamente calificar los diversos supuestos de ineficacia del título de acuerdo con la terminología clásica y prever sin más su posible complemento, convalidación, ratificación, confirmación, conversión o perfección. Sin embargo, la terminología hipotecaria se mantiene. Las faltas, no los vicios, son subsanables o insubsanables y con esta denominación se produce la ley vigente.

Siempre me llamó la atención que un tema tan trascendente fuera objeto de un tratamiento tan poco claro en la legislación, en la Jurisprudencia de la Dirección General y en la doctrina. Realmente es de los pocos supuestos en que el sistema hipotecario carece, aparentemente, de una respuesta lógica, hasta tal punto que la dificultad de parangonar los grados de ineficacia civil de los actos o negocios jurídicos y el carácter de subsanables o insubsanables de las faltas originadas constituye un quebradero de cabeza ya centenario para nuestros autores, e incluso para el legislador, que en la redacción vigente del texto hipotecario deja la cuestión sin respuesta clara.

Pues bien, estas breves notas intentan sentar un criterio práctico para la distinción, que será, seguro, discutible, pero que creo fundamentado tanto en función de los principios que rigen nuestro sistema como de los antecedentes legales de los textos vigentes y de los pronunciamientos de la Dirección.

El estudio comprende una exposición de los sistemas legales sucesivamente vigentes, una clasificación somera de las posturas doctrinales más características, sobre todo de los autores más recientes, y de las tendencias interpretativas de la Dirección y, por último, el desarrollo del criterio que se defiende.

I. SISTEMAS LEGALES

Se van a distinguir en este apartado los criterios sustentados por la Ley y el Reglamento Hipotecario en sus sucesivas redacciones, con un breve comentario a cada una de ellas.

A) LEY HIPOTECARIA DE 1861

Señalaba su artículo 65:

«Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida y faltas insubsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación.»

Redacción confirmada por la Ley de 1909, que en su artículo 19 parecía dar una nueva pista sobre la diferenciación entre unas y otras faltas:

«Cuando el Registrador notare falta en las formas extrínsecas o de capacidad en los otorgantes, lo manifestará a los que pretenden la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta.»

En torno a estos dos preceptos se originaron las primeras discusiones doctrinales sobre la distinción entre faltas subsanables e insubsanables que ya desde el principio incidieron en el criterio de apoyarse en fórmulas civiles de diferenciación. En este sentido se mantuvieron, entre otras, dos grandes posturas:

a) Que tendrían el carácter de subsanables las faltas que afectasen al título en sentido formal, en su caracterización jurídica de documento, y de insubsanables las que afectasen al título en su consideración jurídica de origen de la mutación real, es decir, como acto o contrato.

El criterio parecía confirmado no sólo por la redacción del artículo 19 de la Ley de 1909, sino también por el Reglamento de 1870, pero fue abandonado muy pronto debido, de una parte, a la redacción que dio el Reglamento de 1915 a su artículo 118 y, de otra, al ataque frontal de la mayor parte de la doctrina.

b) La mayor parte de los autores entendieron que era preciso distinguir el grado de ineficacia que el vicio en el título originaba en el derecho, relación o, en definitiva, consecuencia jurídica que de aquél emanaba. La postura, si bien con argumentos netamente civiles, diferenciaba entre aquellos vicios que originasen la nulidad del derecho nacido del título y los que no produjesen tan drástico efecto, con independencia de que el vicio del título afectase a sus elementos formales, personales u objetivos. La postura, directamente apoyada en la redacción literal del artículo 65 de la Ley, fue defendida en momento inmediatamente anterior a la publicación de la Ley Hipotecaria de 1944-46 por POVEDA MURCIA, para el cual la distinción ha de efectuarse en función del carácter sustan-

cial o accidental del vicio que afectare al título. Es interesante que este autor, en relación a los vicios formales, insiste en el carácter netamente espiritualista de nuestro sistema civil y parte de la base de diferenciar la carencia de requisitos formales exigidos por la norma *ad solemnitatem* de los exigidos meramente *ad probationem*.

B) REGLAMENTO DE 1915

El Reglamento de 1915, cuyo criterio fue posteriormente ratificado por la Ley de 1944, introdujo una matización muy importante en la dicción legal entonces vigente. Decía su artículo 118:

«Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere el artículo 65 de la Ley, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.»

El precepto transcrito introduce en la discusión dos notas básicas:

a) La de que las faltas, tanto subsanables como insubsanables, pueden originarse en cualquiera de los campos que, conforme al principio de legalidad, constituyen el objeto de la competencia calificadora del Registrador de la Propiedad.

b) La insistencia del legislador (importantísima, a mi juicio) en que la calificación de la falta tiene como efecto típico la posibilidad o imposibilidad del Registrador de extender la anotación preventiva a que se refiere el artículo 65 de la Ley.

La modificación reglamentaria, dice ROCA, fue muy bien acogida por la doctrina y, según este autor, supone un avance notable en la técnica legal. Sin embargo, lo cierto es que no clarificó en absoluto la cuestión. Nos atreveríamos a decir que la confundió aún más, puesto que, como veremos luego, si bien abrió, aparentemente, las posibilidades del Registrador, oscureció notablemente la distinción entre el título objeto de inscripción y el derecho (obligación) objeto de publicidad, distinción intuita con toda claridad por el legislador de 1861.

El artículo 118' tuvo, no obstante, una virtud fundamental, puesto que constituyó un golpe de muerte para la teoría antes expuesta, que veía el origen de las faltas subsanables en la omisión de formalidades externas y el de las insubsanables en la ineficacia del título en sentido material.

Por otra parte, el precepto, cuya redacción ha recogido el actual artícu-

lo 65 de la Ley vigente, constituye el criterio legal sobre el que se apoyan las distintas posiciones doctrinales modernas que serán objeto de estudio más adelante.

C) SISTEMA LEGAL VIGENTE

Se encuentra recogido esencialmente en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria de 1944, si bien existen disposiciones fragmentarias referidas a supuestos concretos o definidores de principios que pueden arrojar luz sobre la cuestión.

a) *Doctrina general.*—Artículo 65 de la Ley:

«Las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables.

Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá la anotación preventiva cuando la solicite el que presente el título.

En el caso de contener alguna falta insubsanable, se denegará la inscripción, sin poderse hacer anotación preventiva.

Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.»

b) *Manifestaciones específicas de la distinción:*

1. Principio de tracto sucesivo. Artículos 20 de la Ley y 140 del Reglamento.

Artículo 20: «... En el caso de resultar inscrito el derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores *denegarán* la inscripción solicitada. Cuando no resulte inscrito a favor de persona alguna, harán anotación preventiva, que subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta Ley.»

Artículo 103 del Reglamento Hipotecario: «No obstante lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán *suspender* en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causa-

habiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento y extenderá anotación por defecto subsanable.»

2. Principio de prioridad. Artículo 17 de la Ley.

«Inscrito o anotado (o presentado en el Diario) cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales... impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o *anotarse* ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible...»

3. Autorizaciones o requisitos administrativos. Artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

«Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título la autorización, licencia, aprobación o cualesquier otra intervención de una autoridad u... órgano administrativo, o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita de que transcurridos dos años será cancelado si no se hizo constar antes el repetido requisito.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, deberá denegarse la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.»

4. Notificación en el retracto arrendaticio. Artículo 55 T. R. de Arrendamientos Urbanos.

«Para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas, deberá justificarse que han tenido lugar las notificaciones; la falta de justificación constituirá *defecto subsanable* con suspensión de la inscripción...»

Este conjunto de textos normativos constituye actualmente la base de interpretación para la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, y ante él la doctrina ha adoptado criterios variados que se expondrán de forma sistemática.

II. CRITERIOS DOCTRINALES ACTUALES

Pueden clasificarse, a mi juicio, en tres grandes grupos:

A) POSICIONES EMPÍRICAS

a) **ROCA SASTRE**, que en un primer momento se adscribió al sistema clásico de interpretación del antiguo artículo 65, según que el vicio en el título provocara o no la nulidad de la obligación, concluye, a la vista de la redacción de la Ley vigente, en que no existe criterio específico y concreto que sirva de pauta para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables.

No obstante, ofrece una definición descriptiva que en cierto modo viene a identificarse con el criterio de **GIMÉNEZ ARNÁU** sobre subsistencia de la identidad del documento. En este sentido dice: Son faltas subsanables aquellos defectos de los que adolece un título, que sin constituir faltas reglamentarias, y siendo comprobables por el Registrador, provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene o las origine el Registro, siempre que sin provocar la nulidad del referido acto, ni su intrascendencia real inmobiliaria, puedan subsanarse por medio de una nueva redacción documental, reforma u otra medida o formalidad, suspendiendo la práctica de la inscripción solicitada. Son faltas insubsanables las que en las mismas circunstancias no pueden subsanarse de ningún modo sin un nuevo otorgamiento sustancial, impidiendo en absoluto la práctica de la inscripción.

b) **CHICO ORTIZ** y **BONILLA** clasifican las faltas por razón de sus efectos, según supongan o no impedimento absoluto para la registración. Sin embargo, manifiestan como conclusión del capítulo que dedican a esta materia que ni en los textos legales, ni en la doctrina, ni en la Jurisprudencia de la Dirección se encuentran criterios claros que permitan la distinción conceptual entre faltas subsanables o insubsanables, por lo que el problema permanece en absoluta nebulosa.

c) **GIMÉNEZ ARNÁU** sigue un criterio parecido de libertad del Registrador en la adopción de la decisión que corresponda a la vista de cada caso concreto, pero ofrece como medio de interpretación de segundo grado el criterio de la permanencia documental, de tal forma que será insubsanable la falta en los casos en que el vicio implique la necesidad de reconstrucción íntegra del documento y subsanable en los demás supuestos.

B) POSICIONES QUE SE APOYAN EN LA DISTINCIÓN CIVIL DE LOS GRADOS DE INEFICACIA

Dentro de este grupo destaca la posición de SANZ FERNÁNDEZ. Para este autor, los conceptos análogos al de subsanación en derecho sustantivo son los de ratificación, convalidación o confirmación utilizados por el Código civil; los defectos que producen la nulidad absoluta no son susceptibles de convalidación ni de ratificación, y serán, por tanto, insubsanables; los que producen mera anulabilidad son susceptibles de confirmación y, por tanto, son subsanables. Cuando el defecto consista en obstáculo registral, por analogía, si es definitivo y absoluto será insubsanable, pero si pudiera llegar a eliminarse será subsanable.

C) POSICIONES CRÍTICAS DE LA DISTINCIÓN LEGAL

Su representante actual más caracterizado es CAMY SÁNCHEZ CAÑETE. Según él, no ha sido afortunado el artículo 65, al calificar como insubsanables las faltas que originan la denegación y de subsanables las que dan lugar tan sólo a la suspensión. En efecto, a su juicio, tan subsanable es la falta consistente en la no aprobación de un mero documento complementario como la que suponga la necesidad del otorgamiento de un nuevo negocio.

No obstante esta crítica a la terminología utilizada por el legislador, termina apoyando el criterio empírico antes aludido sobre la base de que en la apreciación de la subsanabilidad o insubsanabilidad de la falta habrán de tenerse en cuenta tanto la sustancialidad o accidentalidad del elemento viciado como el carácter imperativo o dispositivo de la norma que lo regula, todo ello en función de la posición que en materia civil mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de abril de 1963.

Por otra parte, señala que en caso de faltas insubsanables, que denomina impeditivas, pueden clasificarse éstas en absolutamente impeditivas o relativamente impeditivas, según la posibilidad futura de practicar el asiento solicitado, y en caso de faltas subsanables, que denomina sustitutivas, habrá de distinguirse según que el asiento provisional que se practique sea de la misma clase que el solicitado por el presentante (por ejemplo, arts. 94 y 98 del Reglamento Hipotecario) o de distinta naturaleza, como la anotación preventiva del artículo 65.

Estos son los criterios esenciales sobre la materia y, en realidad, como dicen CHICO y BONILLA, no resultan excesivamente aclaratorios. No obstante, de todos ellos pueden predicarse una serie de notas comunes.

- Todos los autores estudian la distinción dentro del principio de legalidad como una parte y una consecuencia de la facultad y la función de calificación del Registrador de la Propiedad.
- Tanto los criterios empíricos como los que con carácter general intentan la distinción se apoyan siempre en conceptos netamente civiles, unas veces referidos al título en sentido formal, otras al título en sentido material, otras, en fin, a la obligación o derecho dimanante de aquél.
- En general, todas las posiciones doctrinales insisten, como conclusión, en el carácter sustancial o accidental del vicio, pero con una peculiaridad, consistente en la huida de una terminología técnica para intentar la descripción con explicaciones descriptivas como «necesidad ineludible» en CAMY, «otorgamiento sustancial» en ROCA, «obstáculo definitivo y absoluto» en SANZ.
- Existe, por último, una paradoja digna de resaltar. Mientras que toda la doctrina posterior a 1915 alaba como más clara y técnica la dicción actual del texto hipotecario, sus conclusiones, lejos de mejorar las posiciones de los primitivos comentaristas de la Ley, son todavía más nebulosas que las sostenidas por aquéllos.

Para completar esta visión rápida de los criterios interpretativos de la distinción legal, conviene examinar, aunque someramente, la postura de la Dirección General sobre la materia.

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA DIRECCION

La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha seguido en esta materia una evolución parecida a la ya examinada en la doctrina. Así, en una primera etapa se apoyó en la redacción literal del artículo 65 de la Ley Hipotecaria, y actualmente mantiene un criterio casuístico, en el que cabe señalar, no obstante, una serie de tendencias.

A) La de no calificar la falta, limitándose a señalar que los supuestos concretos que se le plantean son inscribibles o no, con independencia de la posibilidad de practicar o no anotación preventiva, es decir, de la subsanabilidad o insubsanabilidad de la falta. Esta tendencia de la Dirección ha sido, en general, destacada por los autores, pero sin extraer consecuencias de la misma. Sin embargo, es de fundamental importancia, a mi juicio, como veremos luego.

B) La de mantener un criterio favorable a la calificación de subsanable de las faltas en los títulos de origen judicial.

C) La de calificar, en general, como subsanables las faltas originadas en la carencia de requisitos formales, en la defectuosa descripción de las fincas, y en el contenido de los derechos, siempre que el título permita la identificación de unas y otros.

D) La de calificar, en general, de insubsanables las faltas provenientes de dudas sobre la personalidad del declarante, de la contravención de preceptos imperativos definidores o consecuencia de principios generales de derecho sustantivo o formal, como protección del patrimonio de incapaces, incompatibilidad de intereses, prohibiciones de disponer, competencia territorial del funcionario autorizante, tracto sucesivo y prioridad.

En definitiva, la Dirección carece, lo mismo que la doctrina, de criterios generales definidos, si bien de sus pronunciamientos concretos pueden extraerse consecuencias interesantes, sobre todo en el juego de los principios.

IV. POSICION QUE SE DEFIENDE

A) IDEAS GENERALES

La intención que preside estas notas consiste en contemplar el problema desde un punto de vista distinto al hasta ahora examinado. Decíamos antes que una de las características generales de las posiciones doctrinales relacionadas implica una acentuación de los aspectos civiles, con olvido de que nos encontramos ante una cuestión netamente registral, nacida independientemente del derecho sustantivo civil y carente de contenido si no es en el orden hipotecario. Para demostrarlo se van a distinguir varios puntos.

a) *La ubicación legal del artículo 65*

Como hemos visto antes, la sistemática doctrinal coloca el estudio de las faltas en el ámbito del principio de legalidad, como una parte de la calificación registral o, en todo caso, como una consecuencia de la misma. Sin embargo, la Ley Hipotecaria tanto en su redacción primitiva como en la vigente sigue un criterio distinto. La clasificación de las faltas y sus criterios de distinción no constituyen un nuevo párrafo del artículo 18 ni un precepto más definidor del principio de legalidad. Por el contrario, implican un mero condicionante de la posibilidad de practicar anotación preventiva. Su estudio y su regulación se ubican dentro del campo de la publicidad provisional, dentro de la institución de la anotación. ¿Cuál es la

razón? Una de dos: o el legislador huye de una sistemática aceptada tradicionalmente por la doctrina, lo cual sería explicable en 1861 pero no en 1944, o existe una razón de peso para mantener un criterio distinto. Quizá los siguientes puntos aclaren la cuestión.

b) *La redacción primitiva del artículo 65 de la Ley*

Según don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que trata el problema indirectamente, al profundizar en la posibilidad de extender la calificación registral al ámbito puramente causal del título cuya inscripción se pretende, la primitiva redacción que dio la Comisión de Códigos al artículo 65 no es la que aparece en el texto de 1861. Según esta primera redacción, el artículo 65 decía:

«Serán faltas subsanables en los títulos sujetos a inscripción, para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la inscripción a que éste se refiere.»

Posteriormente se tachó la palabra inscripción, poniendo entre renglones obligación, según resulta del Libro de Actas de la Comisión de Códigos.

Cabe preguntarse a la vista de este dato cuál era la preocupación fundamental de la Comisión. Y parece evidente que su acento se ponía en los siguientes extremos:

1. El de que la clasificación se introducía en la Ley «a los efectos de anotar preventivamente», es decir, con una finalidad típicamente registral o publicitaria, independientemente del grado de invalidez del título.
2. El de que el problema radicaba no en la ineficacia o vicio del título, sino de su consecuencia, con la duda de si debía considerarse ésta la «obligación», consecuencia civil, o la «inscripción», consecuencia registral. En otros términos el acento, siguiendo en este punto la terminología de NÚÑEZ LAGOS, se vertía no en el título u objeto de inscripción, sino en el derecho objeto de publicidad o en la inscripción o vehículo de dicha publicidad, que, en definitiva, constituyen dos caras o aspectos de la misma cuestión.
3. El de lo que interesa, por tanto, no es el grado de ineficacia, sino la posibilidad de publicación del derecho dimanante del título inválido.

c) *La Exposición de Motivos de la Ley de 1861*

La Exposición de Motivos viene a ratificar el criterio antedicho. También en ella la sistemática es muy explícita. Al tratar, en términos generales, de la publicidad provisional mediante el asiento de anotación preventiva, y como una parte del estudio de esta institución, la Exposición de Motivos dice literalmente:

«El Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a los que las leyes niegan fuerza coactiva. Cuando se presenta un título de esta clase no debe el Registrador anotarlo preventivamente. Pero como la falta puede ser subsanable o insubsanable deben ser distintas las resoluciones que en uno u otro caso se adopten en el Proyecto.

Si conceptúa el Registrador como insubsanable la falta, sería injusto, en caso de ser equivocada su apreciación, que se siguiera de ello perjuicio al que fue oportunamente a inscribir un título válido... (por lo que)... para obviar dicha dificultad propone la Comisión que en tales casos se ponga una nota al margen del asiento de presentación... Mas cuando los títulos que se llevan a inscripción sólo tienen defectos subsanables, entonces, al paso que una anotación preventiva pondrá a todos al corriente del verdadero estado de la finca, el que presente el título defectuoso encontrará la garantía de su derecho en el documento, que podrá exigir al Registrador para hacer constar en todo tiempo si había o no pendientes de inscripción otros títulos referentes al mismo inmueble o derechos reales y cuáles eran éstos al tiempo de hacerse la anotación, que sólo tiene carácter interino.»

De la lectura de estos párrafos resulta una consecuencia, a mi juicio, indudable. Para el legislador de 1861, lo fundamental no es cerrar el paso a los títulos defectuosos, sino evitar, en la medida de lo posible, que el no acceso de dichos títulos, al menos temporal o interinamente, pueda provocar perjuicios al titular del derecho o al tercero que contrata confiado en el contenido de los libros. Lo esencial en este punto no es el principio de legalidad, sino el principio de publicidad.

B) FORMULACIÓN DEL CRITERIO GENERAL DE DISTINCIÓN

Con lo expuesto en el apartado anterior, el problema se clarifica en gran medida. En efecto, el principio de legalidad, manifestado a través

de los artículos 3.º y 18 de la Ley Hipotecaria, exige que el título presentado sea público, perfecto, válido y concordante con los asientos precedentes del Registro. En este sentido:

- Su apreciación se inserta en la función de calificación del Registrador con el ámbito que corresponda según el tipo de documento presentado.
- Su consecuencia será la posibilidad o imposibilidad de practicar el asiento solicitado.
- En la clasificación del impedimento que, en su caso, impida la registración, y aquí sí es acertada la terminología de CAMY, tiene fundamental importancia la utilización de criterios civiles por el Registrador, puesto que de la posibilidad, según los casos, de convalidación, confirmación, ratificación, nuevo otorgamiento, declaración de codisposición, remoción del obstáculo registral, etc., dependerá de que en el futuro proceda o no practicar *el asiento pretendido*. En este sentido, la calificación del Registrador implica un juicio de amplio espectro del que depende el acceso definitivo del título al Registro. Precisamente por ello, al impedimento que surge de este pronunciamiento del funcionario calificador se refiere la Dirección cuando normalmente resuelve si el título es o no «inscribible».
- Por último, la decisión del Registrador en el ámbito propio de su facultad calificadora básica, que hemos examinado, no es definitiva, puesto que está sujeta a recurso gubernativo.

Hasta aquí hemos pretendido definir el juicio registral básico, a través del cual se manifiesta el principio de legalidad. Sin embargo, la cuestión no se agota. En el supuesto de que el título no sea registrable por adolecer de un impedimento que afecta a alguno de sus elementos, el problema que preocupa al legislador hipotecario no es ya su acceso ordinario y definitivo al Registro, que, evidentemente, es imposible de momento debido a la existencia del defecto, sino su no acceso, su carencia de publicidad en tanto se produce la sanación del vicio o defecto de que se trate.

Pues bien, precisamente en este momento introduce el legislador la figura de la anotación preventiva sustitutoria del asiento momentáneamente imposible, anotación que surtirá todos los efectos propios del asiento a que sustituye según su clase, pero por un período de tiempo determinado. Y a los efectos de determinar la posibilidad de esa publicidad provisional distingue la ley entre las faltas subsanables y las insubsanables, clasificación que, a diferencia de un posible catálogo de elementos

calificables dentro del ámbito del principio de legalidad, tiene las siguientes características:

a) Lo esencial no es si el título está afectado por una u otra clase de invalidez o ineficacia, o si es exigible o no un nuevo otorgamiento, o si el elemento del negocio afectado por el defecto es sustancial o meramente accidental desde el punto de vista civil (principio de legalidad), sino si el acto o negocio que constituye su esencia y el derecho que de él se origina puede ser dado a conocer a través de los libros del Registro de forma provisional (principio de publicidad).

b) Por ello, el juicio de valor del Registrador de la Propiedad ha de recaer esencialmente en esa posibilidad de publicidad, referida, naturalmente, tanto al derecho publicable como al asiento que publica, y en este sentido son lógicas las dos redacciones que la Comisión de Códigos dio al originario artículo 65 de la ley, puesto que la contemplación de los elementos del derecho inscrito o de la inscripción o asiento que lo ha de contener no son sino aspectos distintos de la misma cuestión.

c) El criterio apuntado en los apartados anteriores se refuerza notablemente si se piensa en las consecuencias de la calificación registral. En efecto, si la calificación es negativa, el título no accede al Registro, no es «inscribible». ¿Qué ocurre entonces?

1. Si el presentante interpone recurso gubernativo contra la decisión del Registrador sus posibilidades publicitarias permanecen, tanto a los efectos de mera advertencia como de rango hipotecario o, en su caso, de exclusión del título incompatible, puesto que la vigencia del asiento de presentación se prorroga al amparo de lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento Hipotecario.
2. Si el presentante no recurre, por las razones que sean, pero especialmente porque estima razonable el criterio del Registrador que califica, su situación es radicalmente diferente, puesto que transcurrido el plazo ordinario de vigencia del asiento de presentación o, en su caso, el especial de hasta diez días más, previsto en el artículo 97 del Reglamento, no existe medio de prorrogar su eficacia; es entonces cuando se hace necesario arbitrar un medio publicitario distinto del mero asiento de presentación, a fin de permitir el juego de los principios de tracto, prioridad y publicidad hasta que sanado el título pueda practicarse la inscripción, anotación o nota originariamente solicitada. Este medio es la anotación preventiva por defecto subsanable originadora de la distinción que estudiamos, cuya esencia y cuyas consecuencias son, por tanto, *exclusivamente hipotecarias*.

d) En este sentido existe, además, una diferencia procedimental esencial entre el juicio básico del Registrador o calificación en sentido estricto y su decisión posterior sobre la subsanabilidad o insubsanabilidad de la falta. El primero es susceptible de recurso. La segunda es inapelable. Decidida la existencia de un impedimento para la inscripción, el presentante puede o no recurrir. Si recurre podrá obtener prórroga del asiento de presentación. Pero si no recurre y la falta se aprecia por el Registrador como insubsanable, es imposible obtener por instancia superior la anotación preventiva sustitutoria.

Como consecuencia de todo lo dicho puede afirmarse que la distinción entre faltas subsanables e insubsanables constituye un juicio de valor del Registrador caracterizado por las siguientes notas:

- Es distinto de juicio básico de calificación registral.
- No es consecuencia de la calificación, sino que supone una decisión posterior y con distintos efectos.
- Tiene un origen y una finalidad estrictamente registral o hipotecaria.
- Se inserta en el principio de publicidad con efectos típicos de prioridad y no en el principio de legalidad.
- Procedimentalmente implica si se la considera de forma aislada una decisión no recurrible.

C) DESARROLLO DE LA DISTINCIÓN

Hasta aquí se ha planteado una teoría general sobre el origen, la naturaleza y las características de la distinción legal entre faltas subsanables e insubsanables, que nos lleva a un criterio: el impedimento para la registración de un título tiene la consideración de falta, en sentido hipotecario, cuando se plantea la cuestión de dotar al título viciado de publicidad provisional mediante anotación preventiva, que será compatible con la resultante de la prórroga del asiento de presentación en caso de recurso contra la calificación, o única posible en caso de inexistencia de recurso.

En el presente apartado se estudiará cuándo la falta tiene el carácter de subsanable o insubsanable. Para ello, como consecuencia de lo dicho anteriormente, deben tenerse en cuenta, a mi juicio, los siguientes criterios:

a) La finalidad de la decisión es típicamente publicitaria, por tanto, los elementos a tener en cuenta serán no sólo el título considerado en sí mismo y los precedentes registrales, sino además, y muy fundamental-

mente, el asiento futuro que ha de practicarse. En este sentido cobra plena virtualidad la originaria redacción del artículo 65: «Sin que provoque necesariamente la nulidad de la *inscripción*.»

b) El origen de la falta puede hallarse en cualquiera de los aspectos sujetos a calificación, según el artículo 65, párrafo último, pero en su clasificación no deberá tenerse en cuenta la ineficacia civil considerada en sí misma, sino en cuanto haga imposible un régimen de publicidad registral de carácter interino.

c) Puesto que la preocupación del legislador en esta fase no consiste en cerrar el Registro al título defectuoso, sino en extender la exactitud de los libros, su conocimiento y sus consecuencias hasta donde sea posible la presunción, lógicamente, debe recaer a favor de la subsanabilidad de las faltas. En este sentido, en la compleja labor de calificación, el régimen de presunciones debe ser el resultante de la totalidad del sistema civil, pero en la decisión sobre la posibilidad de publicidad provisional el Registrador sólo debe negar ésta cuando dicha publicidad sea inoperante o perturbadora.

De acuerdo con estos criterios, si se siguiere una fórmula clásica, podrían clasificarse los supuestos de insubsanabilidad, por razón de su origen, en cuatro aspectos:

- Por razón del título inscribible.
- Por razón del derecho objeto de publicidad.
- Por razón de los antecedentes del Registro.
- Por razón del nuevo asiento que ha de extenderse.

Sin embargo, este criterio de clasificación no es, a mi juicio, suficientemente ilustrativo si se tienen en cuenta los siguientes argumentos:

a) El estudio del título está íntimamente ligado a la existencia o inexistencia de sus consecuencias, y en este sentido se pronunciaba con gran acierto el primitivo texto hipotecario y la doctrina clásica hasta la redacción aparentemente clarificadora del artículo 118 del Reglamento Hipotecario de 1915.

b) El estudio de los antecedentes registrales se sitúa en el ámbito propio de uno de los elementos fundamentales del derecho subjetivo, es decir, la atribución de su contenido a un titular concreto.

c) El estudio del nuevo asiento y de sus requisitos, contenido en el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, en sus párrafos primero a quinto, no es sino la traducción registral de los propios elementos esenciales del derecho subjetivo.

Por todo ello creemos que la distinción puede perfectamente apoyarse en el estudio directo y funcional del derecho o mutación real objeto de publicidad, sin perjuicio de que en el examen de sus elementos se tengan en cuenta los diferentes planos jurídicos en que pueden originarse la falta, conforme al último párrafo del artículo 65, es decir, el título y el contenido de los libros. Por otra parte, a efectos puramente metodológicos, y aunque la clasificación responde a un sistema típico de jurisprudencia de conceptos, no creo que exista inconveniente en admitir que el plano del hecho, acto o negocio originador de la relación jurídica, el plano de la propia relación y el plano de su publicidad o de la eficacia de la protección de su apariencia, no son sino puntos de vista o aspectos de un mismo fenómeno.

Sobre esta base, la pregunta del Registrador ante la falta es perfectamente definible. Se tratará de resolver qué es necesario o imprescindible para que un derecho sea objeto de publicidad provisional en el Registro de la Propiedad. Cabe examinar la cuestión desde el punto de vista civil y desde el punto de vista registral.

a) Desde el punto de vista civil y en función de los criterios clásicos sobre la estructura del derecho subjetivo serán necesarios los siguientes requisitos:

- Que el derecho o la mutación real, es decir, su nacimiento, reconocimiento, modificación, transmisión o extinción, exista jurídicamente.
- Que el derecho tenga naturaleza de real y su contenido sea susceptible de definición.
- Que su objeto sea un bien inmueble susceptible de identificación.
- Que la atribución patrimonial a un titular determinado pueda definirse, tanto en lo que se refiere al *de cuius* como al adquirente.

b) Desde el punto de vista registral, y en función de los principios que estructuran el sistema hipotecario, los requisitos civiles anteriormente contemplados tienen una traducción exacta:

- Los requisitos mínimos de existencia del título afectan al principio de inscripción.
- La posibilidad de definición del contenido y del objeto del derecho subjetivo implican las exigencias mínimas del principio de especialidad.
- La contemplación de la atribución personal del derecho en función de una cadena de titularidades constituye el principio de tracto sucesivo.

- Por último, y dentro del mismo aspecto de la atribución personal, es indispensable que ésta no esté excluida por la existencia de un título incompatible, es decir, por el principio de prioridad.

Si no se dan estos requisitos es imposible el juego del principio resultante de todos los anteriores y que constituye la razón de exigencia del Registro de la Propiedad, es decir, el de publicidad y, por tanto, no cabe la registración ni aun provisional. Si ésta se produjera, como veremos a continuación, sería inútil o perturbadora.

De acuerdo con estos criterios se va a intentar a continuación un examen detallado, no casuístico, de los supuestos de insubsanabilidad de las faltas.

1.º *Examen de la existencia del derecho. Principio de inscripción*

La cuestión está íntimamente relacionada con el estudio de la eficacia o ineficacia del título originador del nacimiento, reconocimiento, modificación, transmisión o extinción del derecho de que se trate y por ello constituye el campo donde mayores confusiones se han originado. Ello es debido, sin duda, a la ambigüedad del término «nulidad» o carencia de efectos *ab initio*. Si se parte de criterios civiles en la diferenciación entre faltas subsanables e insubsanables es imposible llegar a un resultado positivo, de una parte, como veíamos antes, porque la clasificación es estrictamente registral, pero, además, porque la conceptualización de la ineficacia civil es uno de los temas más controvertidos por los autores, sobre todo en el ámbito terminológico.

En este trabajo se va a partir, en este punto, del criterio cada vez más difundido, que se inicia en la doctrina francesa a través de JOSSE RAND y PLANIOL, y que defiende la idea de que la palabra nulidad debe parificarse a inexistencia, y que cuando se hable de nulidad en sentido propio, se debe parificar ésta a la prohibición legal, sin constituir término contrapuesto a la anulabilidad. En este mismo sentido vienen pronunciándose numerosos autores en la doctrina española, como HERNÁNDEZ GIL, los Anotadores, PUIG BRUTAU o FEDERICO DE CASTRO en sus explicaciones de cátedra.

Pues bien, desde el punto de vista adoptado en estas notas, el grado de ineficacia debe ser inoperante a la hora de apreciar la insubsanabilidad, y en este sentido se estima más acertado el criterio legal ordinario, que el meramente descriptivo de la redacción actual del artículo 65 vigente. Es indiferente el tipo de invalidez, siempre que el derecho exista («no sea nula la obligación»).

En efecto, si lo que persigue el legislador hipotecario es la publicidad provisional del título defectuoso o de su consecuencia, bastará en este terreno con que tal consecuencia exista, por limitada que sea su eficacia, para que la falta tenga el carácter de subsanable. Por tanto, sólo cuando el derecho carezca de trascendencia jurídica por *carencia* de un elemento determinante de la existencia del supuesto de hecho que lo origina o por prohibición legal específica podrá conceptuarse el impedimento como falta insubsanable, con total independencia de que, en el primer caso, la aportación de elementos inexistente implique una mayor o menor dificultad documental.

Cabe examinar los supuestos con mayor detalle.

a) *En relación con la declaración de voluntad*

Los supuestos de falta insubsanable serán escasos. Sólo cuando falte personalidad o capacidad jurídica propiamente dicha en el declarante, o cuando la declaración sea de imposible interpretación, podrá hablarse de inoperancia de publicidad provisional.

b) *En relación con la forma de la declaración*

En este punto es muy interesante la opinión de POVEDA MURCIA, a que antes se aludía. En un sistema civil de signo espiritualista e inscripción voluntaria y declarativa, sólo podrá conceptuarse como insubsanable la falta en dos supuestos:

1. Si el título en su conceptualización formal de documento carece de forma pública o auténtica, salvo los casos excepcionales de acceso al Registro de meros documentos privados. De hecho, no existe, a mi juicio, inconveniente conceptual insalvable en nuestro sistema civil para dotar al documento privado de publicidad provisional, siempre que contenga los datos suficientes, como se verá en el apartado siguiente, para integrar el contenido propio de un asiento; pero también es evidente que la palabra «inscripción», que utiliza el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, debe entenderse en el sentido amplio de la registración y de que existen razones de orden público para rechazar, en principio, al acceso al Registro de documentos meramente privados. No obstante, existe una corriente doctrinal, sobre todo en el Derecho argentino, que preconiza, en determinados supuestos, espe-

cialmente ante la necesidad de dotar de publicidad situaciones de prehorizontalidad, el acceso al Registro, con carácter provisional, de títulos traslativos no formalizados en escritura pública.

2. Si el requisito formal exigido por la ley no es *ad solemnitatem*, de suerte que, de no producirse, resulta inexistente el negocio y sus consecuencias. La cuestión consistirá, por tanto, en determinar cuándo el requisito formal tiene esta naturaleza de determinante de la existencia del derecho. En nuestro Derecho, el supuesto será excepcional, pero se da uno que necesariamente ha de destacarse. Nos estamos refiriendo a la inscripción constitutiva.

En efecto, si la propia práctica del asiento definitivo es requisito esencial de la existencia del derecho publicado, parece evidente que todo impedimento, cualquiera que sea su naturaleza, de dicho asiento debe considerarse como falta insubsanable imposibilitadora de asiento sustitutivo. En este sentido, creemos que deben considerarse como faltas insubsanables todos los defectos impositivos de la inscripción del derecho de hipoteca y, según la concepción que se adopte, de los de superficie, arrendamiento, opción y adquisiciones de extranjeros.

c) *En relación con la licitud*

La prohibición legal, bien directa (art. 6, 3.º, del Código civil), bien indirecta a través de la doctrina del fraude (párrafo 4.º del mismo artículo), constituye el otro caso de ineficacia radical capaz de provocar la insubsanabilidad de las faltas. En efecto, la consecuencia jurídica prohibida puede ser publicada, pero su publicación, tanto definitiva como provisional, será perturbadora del orden jurídico. La razón de la insubsanabilidad no será, en este caso, la inexistencia del derecho, sino el principio de orden público que prohíbe su eficacia.

En este sentido se pronuncia de modo claro, tanto el legislador hipotecario, especialmente a través del artículo 98 *in fine*, antes transcrito del Reglamento Hipotecario, como la Dirección General de los Registros, cuyas tendencias ya han sido objeto de estudio.

2.º *Examen del contenido y del objeto del derecho.*

Principio de especialidad

No basta para poder practicar anotación preventiva con que la declaración de voluntad tenga forma pública y esté permitida por la ley. Será

necesario, además, que la relación que se origine por razón del título, en sentido material, reúna un doble requisito:

- a) Que sea de naturaleza real y que su contenido sea identificable.
- b) Que su objeto sea un bien inmueble o un derecho definible registralmente como finca hipotecaria.

Sobre esta base deberán considerarse faltas insubsanables:

- Las que tenga su origen en la naturaleza puramente obligacional del derecho o relación de que se trate.
- Las que en relación a un derecho real, típico o atípico, en este último caso si se sigue el criterio del *numerus apertus*, hagan inidentificable, contradictorio o confuso su contenido o situación de poder atribuido al titular.
- Las que supongan la imposibilidad de identificación de la finca que constituye el objeto del derecho, bien por no especificarse cuál sea dicha finca, bien porque su identificación en el Registro no puede llevarse a efecto con los datos contenidos en el título o porque tales datos suponen la invasión de la esfera jurídica de otra persona.

A mi juicio, así como las faltas producidas en relación a la existencia o inexistencia del derecho, o dicho de otra forma, a la validez del título, son, salvo caso excepcional, subsanables, en el campo del principio de especialidad los supuestos son de gran variedad. Sólo el buen criterio del Registrador, en función de la posibilidad y utilidad de la publicidad provisional, puede resolver la cuestión. Es evidente, sin embargo, que cuando la identificación del derecho constituido o de la finca sobre la que recae es imposible, de nada servirá la anotación y, por tanto, la falta será insubsanable, *pese a que el título sea absolutamente válido*.

3.º *Examen de la titularidad del derecho. Principios de prioridad y tracto sucesivo*

Uno de los elementos básicos del derecho subjetivo y, desde luego, el de mayor importancia del mecanismo registral, es el elemento personal, hasta tal punto que la titularidad, la posición específica de la persona en cuanto centro de atribución de un derecho, como dice CASTRO, constituye la base del sistema hipotecario. Puede, en efecto, llegar a definirse un sistema registral, publicitario de los derechos reales inmobiliarios, sin contemplar la finca como unidad de cuenta. Sin embargo, es imposible

un Registro jurídico que contemple las fincas o los derechos sin tener en cuenta su atribución personal, definitiva, preventiva o interina. Tan es así que nuestro sistema hipotecario gira en torno de dos principios típicamente personales. La publicidad del Registro sólo protege, en términos generales, a quien trayendo causa de un titular inscrito, accede al Registro con carácter previo al derecho incompatible o de mejor rango.

En este sentido, si la posición que se mantiene es la acertada y realmente la distinción entre faltas subsanables e insubsanables es de naturaleza hipotecaria con efectos típicamente publicitarios, será lógico que el legislador se pronunciase expresamente ante la posibilidad de que, aun provisionalmente, se violasen los principios que constituyen presupuesto inexcusable de los efectos de la apariencia registral. Y, de hecho, así es. En efecto:

- En cuanto al principio de prioridad, la redacción literal del artículo 17 prohíbe no sólo la inscripción, sino también la anotación, cuando exista aplicación del cierre registral que constituye su consecuencia. Ante el título incompatible no existen faltas subsanables.
- En cuanto al principio de tracto sucesivo, el artículo 20 de la ley es tajante. Sólo se admite la suspensión y, por ende, la subsanabilidad registral, cuando el derecho carece de inscripción previa o cuando del mismo título o del Registro resulta la posibilidad de inscripción del título intermedio.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto puede extraerse una serie de consecuencias, a mi juicio válidas, y que en conjunto constituyen la tesis que se defiende:

- Los impedimentos para la práctica de la registración definitiva de los títulos, que resulten de la función calificadora del Registrador, tienen la consideración hipotecaria de faltas a los efectos de determinar la posibilidad de su publicidad provisional.
- Las faltas tienen el carácter de insubsanables cuando la publicidad provisional del título es imposible por inviabilidad del juego de los principios de inscripción, especialidad, prioridad o tracto o no-civa por prohibición legal.
- La insubsanabilidad debe interpretarse restrictivamente, puesto que la finalidad de la anotación es extender la exactitud y el conocimiento del Registro hasta donde sea posible.

- La decisión sobre la subsanabilidad o insubsanabilidad de las faltas constituye un juicio registral propio del principio de publicidad, independiente de la calificación en sentido propio como manifestación del principio de legalidad, y considerada en forma aislada, inapelable.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad